

## Vertragsgestaltung und –verhandlung Der Unternehmenskauf

Prof. Dr. Oswald van de Loo, Notar  
Hohe Straße 12, 01069 Dresden

31.10.2017

1

### I. Zur Einführung

- Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 8;
- Karsten Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 5

### II. Begleitend zur Vorlesung

Seiten 1-9 und 56 – 142 und 145 – 152 aus  
Weigl, Der Unternehmenskauf, 2015  
[www.notare.bayern.de/fileadmin/files/notarhomepages/Weigl\\_Grob/  
unternehmenskauf.pdf](http://www.notare.bayern.de/fileadmin/files/notarhomepages/Weigl_Grob/unternehmenskauf.pdf)

### III. Zur Vertiefung

Beisel, Klumpp, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2015,  
§§ 1 bis 4; 8 bis 10 (S.362); 11; 15 bis 17

31.10.2017

2

**I . Kurzüberblick - Allgemeines Kaufrecht  
(nicht Teil der Vorlesung)**

**II. Der Unternehmenskauf**

31.10.2017

3

**I. Allgemeines Kaufrecht**

- 1.1 Der Kaufvertrag
- 1.2 Leistungsstörungen auf Seiten des Verkäufers
- 1.3 Die allgemeine Leistungsstörung
- 1.4 Der Sachmangel nach § 434 BGB
- 1.5 Der Rechtsmangel nach § 435 BGB
- 1.6 Der Nacherfüllungsanspruch, §§ 437 Nr. 1; 439 BGB
- 1.7 Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs und Leistungsverweigerungsrechte von Verkäufer und Käufer
- 1.8 Rücktritt, § 437 Nr. 2 BGB
- 1.9 Minderung § 437 Nr. 2 BGB
- 1.10 Ansprüche des Käufers auf Schadens- oder Aufwendungsersatz, § 437Nr. 3
- 1.11 Ausschluss der Gewährleistung
- 1.12 Garantieübernahme, § 443 BGB
- <sup>31.10.2017</sup> 1.13 Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen (II. Unternehmenskauf)

4

## 1.1 Der Kaufvertrag

### 1.1.1. Einigung über wesentlichen Vertragsbestandteile (= „essentialia negotii“)

- Kaufgegenstand wird gegen Zahlung übertragen
- Kaufpreiszahlung in bar durch Übereignung von Geldstücken  
(Angabe von Konto auf der Rechnung = Gestattung bargeldloser Zahlung)
- Festlegung der Vertragsparteien

### 1.1.2. Keine Nichtigkeit nach §§ 104ff; 125; 134; 138; 142 BGB

### 1.1.3. Die Rechtsfolgen vom Kaufvertrag

- Käufer muss zahlen
- Verkäufer muss Eigentum an der Sache frei von Rechts- und Sachmängeln verschaffen
- Nebenleistungspflichten nach § 448 BGB
- Rücksichtnahmepflichten nach § 241 II BGB => Verletzung führt zu SchE

31.10.2017

5

## 1.2 Leistungsstörungen auf Seiten des Verkäufers

### 1.2.1. V kann nicht (mehr) leisten - Unmöglichkeit

- Vertrag bleibt wirksam - § 311 a I BGB
- Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen - § 275 BGB
- Gegenleistungsanspruch (auf Zahlung) geht unter - § 326 I BGB
- Ausnahmen:
  - a) Preisgefahr übergegangen nach §§ 446, 447 – iVm § 269  
Kaufsache übergeben, Käufer hat Einwirkungsmöglichkeit oder Annahmeverzug
  - b) § 326 III: Gläubiger macht Rechte aus § 285 geltend
- Schadensersatz oder nach Wahl des Gläubigers Aufwendungsersatz;  
anfänglich U.: § 311 a II, 284; nachträgliche U.: §§ 280 I, III, 283, 284  
(anfänglich=bei Vertragsschluss; nachträglich=nach Vertragsschluss)
- Rücktrittsrecht, §§ 326 V, 323
- Herausgabe des Ersatzes, § 285 I (z.B. Versicherungsleistung)

31.10.2017

6

### 1.1.2. V leistet nicht rechtzeitig (**Verzug**)

- Rücktritt § 323 I
- Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 281
- Verzögerungsschaden, §§ 280 I, II, 286

### 1.2.3. V leistet **mangelhaft**

- Nacherfüllung, § 437 Nr. 1
- Rücktritt oder Minderung, § 437 Nr. 2
- Schadensersatz oder nach Wahl des Gläubigers Aufwendungsersatz, § 437 Nr. 3

### 1.3 Ansprüche des Käufers bei **Versendungskauf**

- wird hier nicht behandelt, da für Unternehmenskauf irrelevant

31.10.2017

7

## 1.4 Sachmangel, § 434 BGB

### 1. Gewährleistungsrechte bei Sachmangel

- 1.1 Nacherfüllung, § 437 Nr. 1 (=vorrangiger Anspruch!)
- 1.2 Rücktritt oder Minderung, § 437 Nr. 2 (nach Fristsetzung/Entbehrlichkeit)
- 1.3 Schaden- oder Aufwendungsersatz, § 427 Nr. 3  
(wenn Verschulden gegeben, was vermutet wird, §280 I 2)

### 2. Gesetzliche Anforderungen an Sachmangel / 7 Fälle

- 2.1 Vereinbarte Beschaffenheit (§ 434 I 1)
- 2.2 vom Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit (§ 434 I 2 Nr. 1)
- 2.3 Eignung für gewöhnliche Verwendung/übliche Beschaffenheit (§ 434 I 2 Nr. 2)
- 2.4 Unsachgemäße Montage (§ 434 II 1)
- 2.5 Mangelhafte Montageanleitung (§ 434 II 2)
- 2.6 Lieferung einer anderen Sache (§ 434 III 1. Alt.)
- 2.7 Minderlieferung, § 434 III 2. Alt.)

31.10.

8

#### 1.4 Sachmangel - Beschaffenheit

Jede Angabe des Verkäufers, die einen Bezug zu der verkauften Sache selbst hat (= weiter Beschaffenheitsbegriff!)

=> Umsatz und Ertrag einer Sache (z.B. Mieteinnahmen beim Kauf eines MFH) und auch eines Unternehmens stellen eine Beschaffenheit dar.

Angaben ohne Bezug zur Kaufsache (# Beschaffenheit)

=> z.B.: Zahlungsfähigkeit des Mieters oder Erstattungsfähigkeit der Einfuhrumsatzsteuer begründen ggf. Anspruch aus §§ 280 I; 311 II Nr. 1; 241 II (culpa in contrahendo, c.i.c.)

Verwendung bestimmter Begriffe: z.B. Jahreswagen/Fabrikneu/Fahrbereit

9

#### 1.4 Sachmangel - Beschaffenheit

Beispiele für Beschaffenheit, die bei einem Unternehmen vereinbart werden kann:

- Beträchtliche Fehlbestände an Material und Arbeitsmitteln (BGH NJW 1979, 33)
- Brauchbarkeit und kaufmännische Verwertbarkeit eines entwickelten Produktes (BGH WM 1978, 59)
- die arbeits- und sozialrechtlichen Verhältnisse des Personals
- Nicht aufgearbeitete und nicht mehr vergütungsfähige Rückstände bei Steuerberatungspraxis (OLG Karlsruhe BB 1974, 1610)
- Nichtbestehen oder Unübertragbarkeit von Mietverhältnissen (BGH NJW 1970, 556)
- Umsatz und Reinertrag (BGH NJW 1977, 1538)
- Ertragsfähigkeit (BGH NJW 1995, 1547)
- Bewertung in zurückliegenden Jahresabschlüssen (OLG Ddorf NJW RR 1993, 377)
- Höhe von bestehenden Verbindlichkeiten (BGH WM 1979, 944)

31.10.2017  
wesentliche Eigenschaft (Fachkompetenz) eines maßgeblichen Mitarbeiters (BGH NJW 1991, 1222)

10

#### 1.4 Sachmangel - Beschaffenheit

Vereinbarung der Beschaffenheit (§ 434 I 1)

Vertraglich vorausgesetzte Verwendung (=subsidiär) - § 434 I 2 Nr. 1

- vertragliche Vereinbarung der Verwendung erforderlich
- einseitige Vorstellungen des Käufers fallen hierunter nicht

Eignung zur gewöhnlichen Verwendung/übliche Beschaffenheit - § 434 I 2 Nr. 2

- Verkehrsanschauung wesentlich:
- Gebrauchtwagen hat nicht mehr als Bagatellschäden erlitten (Kotflügel etc.)
- mit zumutbaren Mitteln nicht ausräumbarer Verdacht der Mangelhaftigkeit  
(z.B. Presse berichtet über von V verkauftes Gammelfleisch => K kann seine  
Döner nicht mehr absetzen)
- Mindesthaltbarkeitsdatum abgelaufen!

31.10.2017

11

#### 1.4 Sachmangel – Beschaffenheit

Öffentliche Äußerungen/Werbeaussagen - § 434 I 3

- des Verkäufers/Herstellers/Gehilfen z.B. in der Werbung oder Kennzeichnung  
Gehilfe nicht nur Angestellter, sondern bei Vermarktung auch Werbeagentur
- Adressat der Aussage = unbestimmte Vielzahl
- nachprüfbare Tatsachen, nicht Anpreisungen („Red Bull verleiht Flügel“)
- Ausschluss
  - + V kannte Äußerungen nicht und musste sie auch nicht kennen
  - + in gleichwertiger Weise (in Reichweite und Wirkung) berichtet
  - + Kaufentscheidung konnte nicht beeinflusst werden

Fälle der **Montage** werden nicht behandelt, da für Unternehmenskauf irrelevant

31.10.2017

12

#### 1.4 Sachmangel - Gefahrtragung

Maßgeblicher Zeitpunkt für Sachmangel = Gefahrübergang (§ 434 I 1)

- §§ 446, 447

- Beweispflicht liegt beim Käufer

+ Umkehr der Beweislast bei Verbrauchsgüterkauf (§ 476) oder  
bei Haltbarkeitsgarantie (§ 443 II)

Bis zum Gefahrübergang gilt bei Mängeln der verkauften Sache das  
Leistungsstörungenrecht des allgemeinen Schuldrechts

31.10.2017

13

#### 1.5 Rechtsmangel - § 435 BGB

##### Privatrechtliche Rechte Dritter

- Dingliche Belastung (Grundschuld, AV, VKR etc. – vgl. auch § 435 S. 2)
- Obligatorische Rechte, die Dritten berechtigten Besitz verschaffen (z.B. Miete: § 566)
- Immaterialgüterrechte (Patente, Geschmacksmuster, Markenrechte etc.)

##### Öffentliche-rechtliche Beschränkungen (ÖRB)

- Bei Grundstücken gilt § 436
- ÖRB, die nicht auf der Beschaffenheit der Sache, sondern auf andere Umstände  
Bezug nehmen
- Abgrenzung Rechts-/Sachmangel (RM/SM) bei ÖRB schwierig
  - + ÖRB nach Bauordnungs- od. –planungsrecht und die Benutzbarkeit regeln sind SM
  - + in der Praxis ist Abgrenzung wenig relevant, da Rechtsfolgen bei RM und SM gleich

31.10.2017

14

## 1.6 Der Nacherfüllungsanspruch - §§ 437 Nr. 1, 439

### Vorrang vor den anderen Rechten:

Diese greifen erst, wenn angemessene Frist zur Nacherfüllung ergebnislos verstrichen ist (vgl. §§ 440, 323 I).

- Wahlrecht des Käufers, ob Nacherfüllung oder Lieferung mangelfreier Sache (§ 439)

## 1.7 Ausschluss Nacherfüllung u. Leistungsverweigerungsrechte (LVR) von V u. K

1.7.1 Unmöglichkeit der Nacherfüllung - § 275 I

1.7.2 §§ 439 III, 275 II, 275 III

1.7.3 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

1.7.4 LVR des Verkäufers nach § 439 III

1.7.5 Rechtsfolgen der Nacherfüllung

15

### 1.7.1 Unmöglichkeit der Nacherfüllung - § 275 I

- Muss für beide Arten der Nacherfüllung, also Nachbesserung und Ersatzlieferung festgestellt werden (z.B. unechter Picasso/ ganze Gattung wg. Brand untergegangen)

- auch Stückkauf kann Ersatzlieferung vorsehen:

+ es kommt auf den Parteiwillen an

(Ersatz durch gleichartige und gleichwertige Sache)

+ Nachbesserung unmöglich bei unbehebbar Mangel

(PKW wurde als unfallfrei verkauft, hat aber Unfallschaden gehabt)

### 1.7.2 §§ 439 III, 275 II, 275 III

- Einreden, die vom Verkäufer (konkudent) geltend gemacht werden müssen (LVR)

### 1.7.3 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

- Leistung wird nicht geschuldet, § 275 I bzw. LVR (§ 275 II + III).

16

- Gegenleistungsanspruch geht zunächst nicht unter § 326 I 2



### 1.7.3 Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Nacherfüllung

- Gegenleistungsanspruch erlischt allerdings, wenn Käufer seine weiteren (subsidiären) Ansprüche geltend macht, also
  - + zurücktritt (§§ 437 Nr. 2, 323, 326 V) oder mindert (§§ 437 Nr. 2, 441) oder
  - + Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§§ 437 Nr. 3; 280 I, III; 283 bzw. 281) bzw. Aufwendungsersatz (§ 284) – nur bei Verschulden

### 1.7.4 Leistungsverweigerungsrecht (LVR) des Verkäufers nach § 439 III

- Bezieht sich auf die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung
- Kriterien: § 439 III 2
- Relative – im Vergleich zu der anderen Art der Nacherfüllung - und absolute Unverhältnismäßigkeit (hier: Bezugspunkt S. 2 1. und 2. Alt.)
- + BGH: 100% des Wertes der Sache im mangelfreien Zustand  
31.10.2017 oder 200% des mangelbedingten Minderwertes (=Faustregel)

17

### 1.7.5 Rechtsfolgen der Nacherfüllung

#### - Wahlrechte des Käufers

§ 439 I: Nachbesserung oder Lieferung einer mangelfreien Sache; keine Wahlschuld nach §§ 262, 263 II, sondern elektive Konkurrenz => Käufer kann vor Erfüllung noch wechseln!

#### - Erfüllungsort bei der Nacherfüllung

h.M.: Belegenheitsort der Sache, Rechtsprechung: § 269 = Erfüllungsort  
 Vertragsvereinbarungen entscheiden; bei großen Gegenständen, die Käufer nicht transportieren kann, im Zweifel: Belegenheitsort

#### - Kosten der Nacherfüllung

§ 439 II => trägt der Verkäufer

#### - Rechtsfolgen bei Nachlieferung (also (Nach-)Lieferung mangelfreier Sache

§ 439 IV Rückgewähr der mangelhaften Sache an V (analog §§ 346 -348)

Nutzungsersatz an V? Ja, arg. e contrario aus § 474 V (Verbrauchsgüterkauf)

**Instruktiver Fall – Ein- und Ausbau (OLG Karlsruhe ZGS 2004, 432; Revision: BGH NJW 2008, 31.10.2017 2837; EUGH: NJW 2011, 2269 => BGH 2012, 239)**

18

### 1.8 Rücktritt - § 437 Nr. 2

Rücktritt ist gegenüber Nacherfüllung nachrangig; gleichrangig mit Minderung + SchE

Rücktritt ist Gestaltungsrechte und führt zu Rückgewährschuldverhältnis

#### Prüfungsschema

#### 1. Voraussetzungen des Rücktrittsrechtes

1.1. Wirksamer Kaufvertrag, jedoch Kaufsache mit SM/RM bei Gefahrübergang

1.2. Erfolgreicher Ablauf vom K dem V gesetzter angemessener Nachfrist zur

Nacherfüllung, § 323 I, sofern nicht entbehrlich

#### 2. Ausschlussgründe

2.1. § 323 V 2 (Unerheblichkeit des SM/RM – Recht zur Minderung bleibt!) und

§ 323 VI (weit überwiegend Verantwortlichkeit des K oder

Annahmeverzug - §§ 293 ff - des K)

2.2. Kein vertraglicher oder gesetzlicher Gewährleistungsausschluss

3. Erklärung des Rücktritts, einseitige Gestaltungserklärung: § 349

4. Rechtsfolgen des Rücktritts, §§ 346, 347

31.10.17 5. Unwirksamkeit des Rücktritts, § 438 IV, 218 (Verjährung Nacherfüllungsanspruch)

19

### **Rücktritt - Fristsetzung**

Aufforderung unverzüglich (nach-) zu erfüllen (leisten) reicht aus

Angemessene Frist bestimmt sich am Einzelfall, Interessen von V und K abwägen

### **Rücktritt – Entbehrlichkeit der Fristsetzung**

- ernsthafte, endgültige Leistungsverweigerung des V - § 323 II Nr. 1

- Relatives Fixgeschäft - § 323 II Nr. 2- Klauseln wie „fix“, „genau“, „spätestens“

=> K hat Interesse nur bei Erfüllung zu bestimmter Frist

- besondere Umstände - § 323 II Nr. 3

- Nacherfüllung unmöglich - § 326 V

- Berechtigte Verweigerung/Fehlschlagen der Nacherfüllung gem. §§ 439 III; 440

- Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für den Käufer § 440 S. 1 3. Alt.

(Vertrauen des K auf sachgerechte Nacherfüllung nachhaltig gestört – z.B. arglistige

Täuschung des V, Lieferung gesundheitsgefährdender Lebensmittel)

31.10.2017

20

### Rücktritt – Rechtsfolgen

§§ 346 ff. => Umwandlung des KV in ein Rückgewährschuldverhältnis:

- Erlöschen der primären nicht erfüllten Pflichten (Rechtsvernichtung), § 323 I, einschließlich des Nacherfüllungsanspruchs
  - Pflicht zur Rückgewähr empfangener Leistungen in Natur u. gezogener Nutzungen (anders als bei Nachlieferung, §§ 439 IV; 474 V, auch beim Verbrauchsgüterkauf!)
  - Wertersatz gemäß § 346 II Nr. 1 bis 3 (lesen!)
  - Widerruf bei Verbraucherkauf - § 357 VII: Verbraucher haftet auf Wertersatz, soweit er nicht bestimmungsgemäße Nutzungen zieht (i.Ü. nicht!) – neu 6/14
  - Entfallen des Wertersatzes gemäß § 346 III Nr. 1 bis 3 (lesen!)
- Nr. 2: Vertretenmüssen meint hier auch jede mangelbedingte Verschlechterung
- Nr. 3: Privilegierung auf eigenübliche Sorgfalt, § 277, auch bei Verschlechterung nach Kenntnis des K vom Rücktrittsgrund (h.M.: arg. statt Rücktritt könnte K auch Minderung geltend machen)

<sup>31.10.2017</sup> - Verletzt K Pflicht bei Rückgewähr, kann V SchE nach §§ 280-283 verlangen, § 346 IV<sup>1</sup>

### 1.9. Minderung - §§ 437 Nr. 2, 441

1. Voraussetzungen – wie Rücktritt
2. Kein Ausschluss der Gewährleistung
  - wie Rücktritt, aber Minderung auch bei unerheblichen Mangel nicht ausgeschlossen, §§ 441 I 1; 323 V 2
3. Einseitige Erklärung wie bei Rücktritt: § 441 I 1
4. Rechtsfolgen nach § 441 II und IV:
  - +  $x \cdot \text{./. Vereinbarter Preis} = \text{wirklicher Wert} \cdot \text{./. Wert ohne Mangel}$
  - +  $\text{Vereinbarter Preis} - x = \text{Minderung}$
  - + Hat der Käufer bereits mehr als den geminderten Kaufpreis bezahlt, so kann er den Mehrerlös nach den Rücktrittsregelungen zurückverlangen: §§ 441 IV; 346
  - + Ein Anspruch aus § 812 I 1 1. Alt. besteht nicht (wirksamer Vertrag)
5. Minderung unwirksam, wenn Anspruch auf Nacherfüllung verjährt, §§ 438 V, 218 I 1

<sup>31.10.2017</sup>

<sup>22</sup>



## 1.10. Überblick Schadensersatzansprüche wegen Verletzung § 433 I 2

### 1. Schadensersatz **statt** der Leistung

- Anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 311 a II
- nachträgliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 283
- Nichtleistung der Nacherfüllung trotz Fristsetzung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 281
- Ausschließliche Verletzung von Nebenpflichten, §§ 241 II, 282, 280 I

### 2. Schadensersatz **neben** der Leistung

- Verzug mit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. II, 286
- Ersatz sonstiger Schäden, die durch die mangelhafte Leistung entstanden sind, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I

-----  
 Grundlage aller Ansprüche sind – außer bei der Verletzung nur von Nebenpflichten –  
 also stets §§ 434, 437 Nr. 3

31.10.2017

23



### 1.10.1. Schadensersatz **statt** der Leistung

#### Anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 311 a II

Bsp.: K hat seine Uhr von Lange&Söhne verloren; X hat sie gefunden und an Händler V verkauft.  
 V verkauft nunmehr diese Uhr an K.

- Erfüllungsanspruch erlischt, § 275 I (Vertrag bleibt aber wirksam, § 311 a I).
- V (=Schuldner) wird vorgeworfen, dass es sich nicht hinreichend über seine eigene Leistungsfähigkeit informiert hat. V muss daher beweisen, dass er Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und nicht kennen musste (§§ 276, 278 BGB).
- + Haftungsverschärfung bei Übernahme Garantie oder Beschaffungsrisiko

#### Nachträgliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 283

Bsp.: Vor Übergabe wird der verkaufte (unfallfreie) Porsche bei Unfall beschädigt.

- Erfüllungsanspruch erlischt, § 275 I.
- Berechnungsmethoden für den Schaden:
  - + Käufer behält mangelhafte Sache und verlangt Ausgleich der Wertdifferenz (sog. **kleiner Schadensersatzanspruch**)
  - + Käufer gibt Sache zurück und verlangt Ersatz seines gesamten Schadens, also auch des nutzlos aufgewendeten Kaufpreises. (sog. **großer SchE-Anspruch**)

31.10.2017

24



### 1.10.1. Schadensersatz *statt* der Leistung

#### Nichtleistung der Nacherfüllung trotz Fristsetzung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 281

- Anspruch auf die Leistung (Erfüllung) ist ausgeschlossen, § 281 IV, sobald Gläubiger (=Käufer) SchE statt der Leistung verlangt.
- Ggf. Rückforderung des Geleisteten durch Verkäufer, §§ 281 V, 346 ff.
- Erlöschen des Kaufpreisanspruchs (Gegenleistungsanspruch)?  
H.M.: erlischt ebenfalls nach § 281 IV wegen Synallagma
- außerdem hat die Leistungsstörung der Verkäufer zu vertreten!
- SchE-Anspruch von K
  - + Rspr.: K muss so gestellt werden, wie er gestanden hätte, wenn ordentlich erfüllt worden wäre.
  - + Lit.: es sind nur die Schäden zu ersetzen, die auf dem endgültigen Ausbleiben der Leistung beruhen.
- Wahlrecht des K, ob kleiner oder großer Schadensersatz
- Rücktritt schließt Schadensersatz beim gegenseitigen Vertrag nicht aus - § 325 !

31.10.2017

25



### 1.10.2. Schadensersatz *neben* der Leistung

#### Verzug mit der Nacherfüllung, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. II, 286

Voraussetzungen Verzug:

- (i) fälliger, durchsetzbarer Nacherfüllungsanspruch
- (ii) Mahnung – vgl. § 286 I 2; II und III (lesen!) – eindeutige Aufforderung des Gläubigers nach Fälligkeit, geschuldete Leistung zu erbringen
- (iii) Verschuldete Nichtleistung, § 286 IV

Rechtsfolgen:

- Erfüllungsanspruch bleibt bestehen
- Ersatz des Verzögerungsschadens
- tritt Käufer zurück, erlischt Anspruch nach § 281 IV und Verzug endet

#### Ersatz sonstiger Schäden, die durch mangelhafte Leistung entstanden sind, §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I

- Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers, also nicht an der Kaufsache selbst.
- Schäden an der Kaufsache selbst werden über §§ 434, 437 Nr. 3, 280 I u. III, 281, 283 ersetzt
- Anspruch tritt neben (i) Anspruch auf Nacherfüllung und (ii) SchE statt der Leistung

31.10.2017

26

**SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852**

K kauft in 6/2002 von V, der seit 30 Jahren Hundezucht betreibt, einen Rauhaardackel-welpen für 600 €. Der Hund wird acht Mal tierärztlich untersucht und es werden u.a. eine genetisch bedingte Fehlstellung des Hinterbeines (O-Beine!) festgestellt. K fordert V zur Beseitigung durch operative Behandlung (1100 €) auf. V lehnt ab und bietet an, Hund gegen Kaufpreis zurückzunehmen oder den Kaufpreis zu mindern, was K beides ablehnt. K lässt Hund operieren, wobei eine Platte eingesetzt wird, deren korrekter Sitz 2 x jährlich überprüft werden muss. K verlangt Operationskosten und jährliche Kontrollkosten (60 €) von V. Zu Recht?

§§ 437 Nr. 3, 440, 311 a II oder 280 I und III, 283 BGB?

- Fehlstellung des Sprunggelenks = Sachmangel, §§ 434, 90 a S. 3, wenn bei Gefahrübergang, also Übergabe des Hundes, § 446, bereits vorhanden.
- Nach SVG konnte das nicht geklärt werden. Wer trägt Beweislast? + §§ 474, 476
- Verbrauchgüterkauf, wenn V Unternehmer (zw.)!
- => Pflicht zur Leistung eines mangelfreien Hundes wurde verletzt; § 433 I 2.

31.10.2017

27

**SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852**

Unmöglichkeit?

- + behebbarer Mangel? Operation hat Fehlstellung des Sprunggelenkes nicht beseitigt, sondern einen Mangel (O-Beine) durch einen anderen (künstlich veränderter Knochenbau) ersetzt. Keine folgenlose Beseitigung eines körperlichen Defektes. Keine Mangelbeseitigung iSd § 439! Hier kein unwesentlicher verbleibender Fehler, der Mangelbeseitigung nicht hindern würde.
- + Auch Lieferung eines mangelfreien Hundes war nicht möglich, § 275 I, da nach 5 Monaten emotionale Bindung von K und seiner Familie an der gekauften Welpen.  
=> Unbehebbarer Mangel, da durch keine der beiden Nacherfüllungsvarianten zu beseitigen (=> auch: Kein Anspruch aus § 281!)
- => Unbehebbarkeit=Umöglichkeit (+)
- + anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit?  
Vermutung des § 476 => anfängliche Unmöglichkeit?
- + § 311 a II 2? V kannte Fehlstellung nicht, aber hat der Unkenntnis zu vertreten?

31.10.2017

28

**SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852** HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

Vertretenmüssen = 280 I 2, 276 => Vorsatz und Fahrlässigkeit, sofern nicht strengere Haftung wegen Garantieübernahme, § 443 – aus Sachverhalt nicht ersichtlich.

+ Haftet Züchter für genetische Mängel seiner Hunde?

+ nur wenn er bei der Zucht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, § 276 II. V war im Dackelclub als seriös bekannt und war Zuchtwart und betreibt Zucht seit 30 Jahren. Auch die übrigen Welpen des Wurfs hatten keinen Defekt. Auch war im Zeitpunkt der Übergabe die Fehlentwicklung nicht ersichtlich + Röntgen nicht angezeigt.  
=> hier kein Verschulden ersichtlich und im Prozess auch nicht behauptet.

**=> Ergebnis: Kein Anspruch von K**

+ Wie wäre es, wenn Mangel behebbar war, man also Operation als ausreichende Mangelbeseitigung ansieht?

- dann kommt es auf die Frage an, ob sich das Vertretenmüssen auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs oder auf den Zeitpunkt der Nacherfüllung bezieht.
- bei Gefahrübergang kein Verschulden (s.o. – Ausführungen zum genetischen Mangel)
- bezogen auf Nacherfüllung: §§ 439 III 2 – unverhältnismäßige Kosten?

31.10.2017

Wohl (-) BGH verlangt mindestens den doppelten Wert der mangelfreien Sache (1200€) <sup>29</sup>

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**SchE statt der Leistung u.a. BGH NJW 2005, 2852**

- § 275 II und III?

+ jedenfalls die Kontrolluntersuchungen übersteigen den dem V noch zumutbaren Aufwand, weil sie auf Lebensdauer des Hundes erforderlich sind und zudem V die genetische Fehlentwicklung des Hundes nicht zu vertreten hat, § 275 II 2 (s.o.). Grobes Missverhältnis. Interesse des Käufers durch Rücktritt und Minderung gewahrt. Beides hatte V aber angeboten.

+ SchE statt der Leistung auch nicht im Hinblick auf die Verweigerung der Ersatzlieferung  
- § 283 liegt zwar dem Grunde nach vor. Aber V hat Unmöglichkeit nicht zu vertreten. Die emotionale Bindung des K und seiner Familie an den Hund lag nicht in seinem Einflussbereich.

31.10.2017

30

### 1.10.3. Überblick über besondere Themen bei Schadens- und Aufwendungsersatz

- a. Mangelbeseitigung durch den Käufer ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung
- b. Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen, §§ 437 Nr. 3, 284
- c. Zum Verschulden des Verkäufers als Voraussetzung der SchE-Haftung
- d. Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers auf SchE

31.10.2017

31

#### a. Mängelbeseitigung durch den Käufer ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung

Ansprüche des Käufer sind ausgeschlossen,

- auf SchE wg. Unmöglichkeit, da der Käufer diese selbst herbeigeführt hat (§ 283)
- auf SchE wg. Verzug, da der Käufer keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§ 281)
- wg. Rücktritt, da er für den Umstand, der zum Rücktritt berechtigt, selbst verantwortlich ist (§§ 346, 326 V, 323 I, 437 Nr. 2 – **323 VI**)
- wg. Minderung, da keine Fristsetzung (§§ 346, 441 IV, 437 Nr. 2)
- aus § 439 II, da Verkäufer hätte Nacherfüllung (Mängelbeseitigung) vornehmen müssen
- auf Ersatz ersparter Aufwendungen (analog §§ 326 II 2, 326 IV, 346), da das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung (Nacherfüllung) unterlaufen würde

Ansprüche aus §§ 637 analog; 684 S. 1, 812 I 1. Alt.; 812 I 1. Alt. scheitern daran, dass die Gewährleistungsregelungen insoweit abschließen sind (kein Gesetzeslücke!)

31.10.2017

32



**Fall: BGH 23.02.2005 –VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

K erwarb 3/2004 von dem KfZ-Händler H einen Gebrauchtwagen „Skoda“ zu einem Preis von 10.000,-Euro, den V dort in Zahlung gegeben hatte. Bei H schloss K zugleich eine „Garantievereinbarung“ für das Fahrzeug ab. Im September 2004 erlitt das KfZ einen Motorschaden. K wandte sich zunächst an H; dieser erklärte, die Garantie greife im Hinblick auf die fehlenden Eintragungen im Serviceheft über die Durchführung von Inspektionen nicht ein. K ließ den Motor bei der Vertragshändlerin X austauschen. Anschließend wandte er sich wegen der Erstattung der Reparaturkosten an die Skoda-Deutschland GmbH, die das jedoch ablehnte. Im Juni 2005 unterrichtete K erstmals den V über den eingetretenen Schaden und forderte ihn zur Erstattung der Reparaturkosten in Höhe von 2.500,- Euro auf.

V, selbst auch im KfZ-Gewerbe tätig, verweist darauf, dass ihn ein Austausch des Motors lediglich 2.000,-Euro gekostet hätte. Im Übrigen lehnt er auch die Erstattung dieses Betrags ab, da K sich zunächst an ihn hätte wenden müssen.

Ansprüche des K?

31.10.2017

33

**Fall: BGH 23.02.2005 –VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

A. K gegen V auf SchE i.H.v. 2.500,- Euro (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281)?

I. Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 BGB?

1. Kaufvertrag zwischen K und H (+)
2. Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB: Der Motorschaden stellt eine Abweichung von der (konkludent) vertraglich vereinbarten Beschaffenheit dar (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) bzw. das Fahrzeug eignet sich nicht zur nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB).
3. Vorliegen des Sachmangels bei Gefahrübergang?

Motorschaden lag unstreitig bei Gefahrübergang noch nicht vor. Jedoch könnte aufgrund dieses „Folgemangels“ nach § 476 BGB das Vorliegen eines „Grundmangels“ zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vermutet werden.

aa. § 474 Abs. 1 BGB = Verbrauchsgüterkauf?

K = Verbraucher (§ 13 BGB) und V = Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) (+)

Der Mangel zeigte sich innerhalb von sechs Monaten (+)

bb. Anwendung des § 476 BGB bei Vorliegen eines sog. „Folgemangels“?

BGH (NJW 2004, 2299): Vermutung des § 476 BGB entbindet nicht von der Beweislast für Vorliegen eines „Grundmangels“. Nachweis Folgemangel (Motorschaden) ist für die Anwendung des § 476 BGB nicht ausreichend, da dieser nicht notwendig auf einem Grundmangel beruhen muss (z.B. könnte auch ein Fahrfehler den Motorschaden hervorgerufen haben). Str. – *hier wird von Mangel ausgegangen*

34

**Fall: BGH 23.02.2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

A. K gegen V auf SchE i.H.v. 2.500,- Euro (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281)?

II. Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB?

1. Schuldverhältnis: Kaufvertrag zwischen K und V (+)
2. Pflichtverletzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB): mangelhafte Lieferung als Verstoß gegen § 433 Abs. 1 S. 2 BGB (+)
3. Nachfristsetzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB): Eine Nachfrist wurde von K nicht gesetzt und ist auch nicht nach §§ 440 S. 1, 281 Abs. 2 BGB entbehrlich.

III. *Ergebnis: Anspruch K gegen H auf Schadensersatz i.H.v. 2.500 Euro (-)*

B. Anspruch K gegen V auf SchE aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB?

I. Voraussetzungen des § 437 Nr. 3 BGB (s.o.)

II. Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB?

1. Schuldverhältnis: Kaufvertrag zwischen K und H (+)
2. Pflichtverletzung (§ 283 BGB): Durch von K veranlasste Reparatur beide Arten der Nacherfüllung nachträglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden durch Zweckerreichung. Nach Lorenz, NJW 2002, 2497 m.w.N. führt Mängelbeseitigung durch Käufer zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB. Nach Erman/Grunewald, § 437 Rn. 3 führt Selbstvornahme der Mängelbeseitigung zum Entfallen des Mangels als solchem, d.h. zum Entfallen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 437 BGB und nicht zur nachträglichen Unmöglichkeit<sup>35</sup> der Erfüllung der Gewährleistungsansprüche. Ansicht nicht mit

**Fall: BGH 23. 2. 2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

§§ 434 Abs. 1, 437 BGB vereinbar. Sofern ein Mangel bei Gefahrübergang vorliegt, entsteht die Gewährleistungspflicht des Verkäufers, eine spätere Beseitigung durch den Käufer vermag am Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang nichts mehr zu ändern. Der BGH hat diesen Streit ausdrücklich offen gelassen (NJW 2005, 1348, 1349).

3. Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB): Zwar wird das Vertretenmüssen des V vermutet, dieser kann sich jedoch dadurch entlasten, dass allein die von K veranlasste Reparatur zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung geführt hat. Diesbezüglich ist V also weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last zu legen.

III. *Ergebnis: Anspruch K gegen V auf Schadensersatz i.H.v. 2.500 Euro (-)*

C. K gegen V auf 2.000,-Euro aus §§ 326 II 2, 326 I v, 346 I?

I. § 326 II 2: V von Leistungspflicht nach § 275 I bis III befreit? § 326 II 2 nimmt auf S. 1 Bezug nimmt und also darauf, dass Schuldner nach § 326 I 1 von Leistungspflicht befreit ist. Nach § 326 I 2 gilt § 326 I 1 jedoch nicht im Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Gläubiger verbleibt dann einzig das Rücktrittsrecht nach § 326 V.

II. Ergebnis: § 326 II 2 nicht unmittelbar anwendbar.

D. K gegen V auf 2.000,-Euro analog §§ 326 II 2, 326 I v, 346 I?

1. Regelungslücke: ja, wenn § 326 II 2 nur Anwendung findet, wenn der Schuldner von Primärleistungspflicht befreit ist (s.o.). Sofern Erfüllung der Nacherfüllungs-

**Fall: BGH 23. 2. 2005 – VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348**

pflichten unmöglich, gilt nicht § 326 II 2 sondern §§ 326 V, 323 VI (s.o.). Vorschriften enthalten keine Regelung, wenn Schuldner hierdurch Aufwendungen erspart.

2. Planwidrigkeit der Regelungslücke?

a. Schrifttum: ja, da der Gesetzgeber zwar ein Recht zur Selbstvornahme, aber nicht jegliche Ansprüche des Käufers ausschließen wollte. Kein Ersatz der Aufwendungen des K, sondern lediglich Ersatz der Aufwendungen, die Verkäufer erspart. Auch § 439 II sagt, dass Verkäufer Kosten der Nacherfüllung tragen muss.

b. BGH/Teile des Schrifttums: Analogie liefe auf ein Recht zur Selbstvornahme hinaus. Das „Recht zur zweiten Andienung“ des V würde umgangen. In § 637 BGB hat Gesetz Recht zur Selbstvornahme ausdrücklich vorgesehen, das erfolglosen Ablauf einer Nachfrist voraussetzt! V habe aufgrund der Selbstvornahme zwar Vorteil, nicht für Nacherfüllung aufkommen zu müssen. Nachteil, dass V Ware nicht darauf prüfen kann, ob tatsächlich Mangel vorliegt. Anders bei ordnungsgemäßen Nacherfüllungsbegehren!  
*II. Ergebnis BGH: Analoge Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB nicht gegeben.*

E. § 812 und GoA: Ausgeschlossen, da § 437 lex specialis. Zwar wäre dem Grunde nach ein Anspruch aus unberechtigter GoA gemäß §§ 684 S 1, 812 I S. 1 Alt. 2 gegeben. Gegen Bejahung eines solchen Anspruchs sprechen aus Sicht des BGH und Teilen des Schrifttums dieselben Bedenken wie unter D. I. 2. b.

37

**b. Der Ersatz vergeblicher Aufwendungen, §§ 437 Nr. 3, 284**

- Der Anspruch tritt an die Stelle (§ 437 Nr. 3: „oder“) des Schadensersatzes **statt** der Leistung (vgl. § 284)
- Der Anspruch kann neben den SchE neben der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 280 I) treten!
- Kein Ausschluss nach § 284 letzter HS (Aufwendungen verfehlen Zweck sowieso)  
Bsp.: Die für die Lieferung einer Einbauküche gemachten Aufwendungen, Trockebau verlegen etc., sind durch einen Wassereinbruch unbrauchbar geworden)
- Vergebliche Aufwendung sind freiwillige Vermögensopfer, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbracht hat, die sich aber wegen der Nichtleistung / nicht vertragsgerechten Leistung des Schuldner (=Verkäufers) als nutzlos erweisen.

+ Bsp.: Kosten Übergabe, Versendung, Zölle, Fracht, Einbau- und Montagekosten

- <sup>31.10.2017</sup> Anspruchskürzung um Wert der tatsächlich gezogenen Nutzung der Sache

38

### c. Zum Verschulden des Verkäufers als Voraussetzung der SchE-Haftung

- § 280 I 2 => Das Verschulden wird vermutet (=Beweislastumkehr)
- Verkäufer muss behaupten und beweisen, dass kein Verschulden vorliegt
- Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 276 I 1  
 Bsp.: mangelnde Untersuchung trotz fehleranfälliges Produkt und besonderer Sachkunde des Verkäufers; unsorgfältige Lagerung oder Verpackung
- Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 278  
 (=Person, derer sich Verkäufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient)  
 Bsp.: Steuerberater, dessen Bilanz Verkäufer eines GmbH-Anteils vorlegt
- Abweichender Haftungsmaßstab
  - + Bei Schuldnerverzug wird auch für Zufall gehaftet, § 287 Satz 2
  - + Befindet sich Käufer im Annahmeverzug, haftet der Verkäufer nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz

31.10.2017

39

### d. Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers auf SchE

#### Übernahme einer (Beschaffens-)Garantie (§§ 276 I 1, 444 2. Alt.)

- Erklärung des Verkäufers für eine bestimmte Eigenschaft der Sache Gewähr zu übernehmen und ohne Verschulden für Folgen ihres Fehlens eintreten zu wollen
- konkludente Garantieübernahme selten und hohe Anforderungen  
 Bsp.: Angabe der Laufleistung eines Kfz durch Händler, nicht bei Privatperson
- Besonderheiten bei Kunst- und Gebrauchtwagenhandel
  - + Kunsthandel sehr hohe Anforderungen: Schriftlicher Vermerk des Verkäufers „Ein Original von Hand des Künstlers“ keine Garantie
  - + Gebrauchtwagenhandel niedrige Anforderungen: s.o. – gilt auch für Angaben zu Anzahl der Vorbesitzer, Unfallfreiheit etc.

#### **Rechtsfolgen:**

- SchE verschuldensunabhängig zu leisten (§ 276 I 1, 2. HS)
- Gewährleistung auch bei grober Fahrlässigkeit des Käufers, § 442 I 2
- Verkäufer kann sich nicht auf Gewährleistungsausschluss berufen, § 444
- Keine Haftungsbeschränkung bei öffentlicher Pfandversteigerung, § 445
- Mangel ist stets erheblich i.S.v. §§ 281 I 3 bzw. 323 V 2!

31.10.2017

40

#### d. Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers auf SchE

##### Übernahme des Beschaffungsrisikos

- gilt vor allem bei Gattungsschulden (§ 243 I)
- Schuldner (Verkäufer) ist verantwortlich, wenn die Beschaffung an fehlenden finanziellen Mitteln, an mangelnder Geschäftserfahrung, an nicht rechtzeitiger Eindeckung scheitert
  - + keine Haftung bei Krankheit, Streik oder wenn der Hersteller den Lieferanten unvorhersehbarer Weise nicht beliefert
- Inhaltlich wird nur das Risiko der Beschaffung der Sache als solcher, aber nicht von deren Mangelfreiheit übernommen (h.M.).
- Haftung beschränkt sich auf Verschulden, sobald aus der Gattungsschuld durch sog. Konkretisierung (§ 243 II) Stückschuld geworden ist. Wann Konkretisierung eintritt wiederum hängt von der Art der Schuld ab (Bring-, Schick- oder Holschuld).

31.10.2017

41

#### 1.11. Ausschluss der Gewährleistung

##### 1. Durch Individualvertrag

§ 444 => grundsätzlich zulässig

+ aber keine Berufung hierauf, wenn Mangel arglistig verschwiegen oder Garantie

+ bei Verbrauchsgüterkauf gilt § 475 I und III

(=>nur Ausschluss des/ Beschränkung auf SchE-Anspruch zulässig)

##### 2. Durch AGB

Inhaltskontrolle nach §§ 307-309:

- § 309 gilt nicht, wenn Unternehmer=Käufer (§ 310 I 1)
- beim Verbrauchsgüterkauf greifen: §§ 475 III, 309 Nr. 7 a und b, Nr. 8 a
  - => Haftungsbeschränkung nur auf grobe Fahrlässigkeit u. nicht bei Körperschäden (Nr. 7 a, b) kein Rücktrittsausschluss bei Nebenpflichtverletzung (Nr. 8 a)
- im Übrigen hat § 309 Bedeutung insbesondere bei Immobilienkauf und bei Kfz- oder ebay-Käufen unter Verbrauchern

31.10.2017

42

### 1.11. Ausschluss der Gewährleistung

#### 2. Durch AGB

- § 309 Nr. 8 b) gilt nur bei Lieferung neu hergestellter Sachen  
(wg. § 475 III nur bei Unternehmer)
- § 307 I 1 => Unwirksamkeit bei unangemessener Benachteiligung, § 307 I 2, II  
+ Bestimmung nicht klar und verständlich („Transparenzgebot“)

#### 3. Durch Gesetz: §§ 442, 445, 474 II 2 BGB; 377 HGB

- Käufer kennt den Mangel, § 442.
  - Käufer kennt grobfahrlässig den Mangel nicht: Rechte dann nur, wenn Verkäufer Mangel arglistig verschwiegen hat oder bei Beschaffenheitsgarantie (s.o.)
- §§ 377, 343 bis 345 HGB (beiderseitiger Handelskauf):
- Rügepflicht mit Warenablieferung => unverzüglich untersuchen/ Mängel anzeigen
  - nicht erkennbare Mängel => bei späterer Entdeckung gilt Obiges: § 377 III HGB

31.10.2017- bei Verstoß: Ware gilt als genehmigt (=mangelfrei; Ausnahme: § 377 V HGB) 43

### 1.12. Verstärkung der Käuferrechte:

#### **Die Garantieübernahme, § 443 nF ! -**

##### Arten/Unterscheidungen von Garantien

nach der Person: Verkäufer- oder Herstellergarantie

nach dem Inhalt: Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie

nach der Abhängigkeit von gesetzlichen Mängelrechten: un- und selbständige Garantie

##### Inhalt:

- Beschaffenheitsgarantie: § 276 I 1 (s.o. – Ziff. 5.)
- Haltbarkeitsgarantie: § 443 I – Beschaffenheit wird für gewisse Dauer garantiert  
z.B. Kilometerleistung für Kfz ohne Sachmängel => Umkehr der Beweislast  
nach § 443 II (= Mangel begründet Vermutung für Garantieanspruch)

##### Abhängigkeit von Mängelrechten

- unselbständig: erweitert die gesetzliche Gewährleistung zugunsten des Käufers
- selbständig: Eigene Haftung außerhalb des Kaufrechts, Garantievertrag nach § 443
- Person des Garantiegebers kann für Einordnung entscheidend sein

31.10.2017-\* Dritter (# Verkäufer) kann immer nur selbständige Garantie übernehmen 44

### 1.12. Verstärkung der Käuferrechte: Die Garantieübernahme, § 443 nF ! –

#### Person, die Garantie übernimmt (Verkäufer-/Hersteller):

- **Herstellergarantie** tritt neben die gesetzliche Sachmängelhaftung des Verkäufers
- Verkäufer kann sich nicht entlasten durch Verweis an Hersteller
  - + die Rechte des Käufers ergeben sich aus der Garantie selbst
  - + im Zweifel Recht auf Nacherfüllung nach § 437 Nr. 1
  - + für Leistungsstörungen aus der Garantie gilt allgemeines Schuldrecht!
- **Verkäufergarantie** (im Zweifel keine (Beschaffenheits-)Garantie i.S.d. § 276 I)
- Garantieerklärung muss über vertragsgemäße Erfüllungszusage hinausgehen
- es wird zusätzlicher Erfolg geschuldet: z.B. Maschine erfüllt eine bestimmte vom Verkäufer geforderte Aufgabe, ansonsten kostenlose Lieferung eines anderen Modells
- Geltendmachung der Garantie kann an beliebige Voraussetzungen geknüpft werden
- Rechte aus der Garantie können auch beliebig vereinbart werden

31.10.2017

45

## II. Unternehmenskauf

### Eingangsfall

### Motive für den Unternehmenskauf

### Ablauf eines Unternehmenskaufes

### Gestaltung eines Unternehmenskaufvertrages

31.10.2017

46

**Fall (Streit unter Investoren):**

V hält 76% des Anteile an der Baumarkt GmbH. K, der selbst ausgezeichnete Kenntnisse in der Baumarktbranche besitzt, ist am Kauf der Anteile interessiert und äußert, dass er auch die restlichen Anteile erwerben will, um mit dem Unternehmen nach eigenen Vorstellungen operieren zu können. V beschreibt das Geschäft als im Wesentlichen gesund und legt die Jahresabschlüsse der letzten beiden Jahre vor. Er rechnet mit einem ungestörten Fortgang. Der Kaufvertrag wird beurkundet. V hatte allerdings verschwiegen, dass den Minderheitsgesellschaftern in der Satzung ein Zustimmungsrecht bei risikoreichen Geschäftsführungsmaßnahmen vorbehalten ist. Diese sind daher auch zum Verkauf ihrer Anteile nicht bereit. Bald muss K auch feststellen, dass gegenüber dem ersten der drei Baumärkte ein Konkurrenzmarkt hochgezogen wird, sodass dieser in Zukunft nicht mehr viel abwerfen wird. Beim zweiten Baumarkt werden Gebäudemängel festgestellt, die zu einer Nutzungsunter-sagung der Baubehörde führen. Schließlich sind auch noch einige Paletten von Badezimmerkacheln fehlerhaft.

K will zwar die Geschäftsanteile behalten, weil er angesichts des derzeitigen Immobilienbooms der Baumarktbranche eine rosige Zukunft voraussagt, fragt aber an, ob er sonst noch Ansprüche gegen den V geltend machen könne.

31.10.2017

47

**Fall (Streit unter Investoren):**

A. §§ 437 Nr. 1; 439 I; 453 I – Anspruch auf Nacherfüllung

I. Rechtskauf, § 453 I 1. Alt., oder Kauf eines sonstigen Gegenstandes, § 453 I 2. Alt.?

1. Formal sind Geschäftsanteile verkauft => zunächst Rechtskauf

Beim Rechtskauf wird nur für Verität (=Bestand der Forderung/des Geschäftsanteils), nicht für Zahlungsfähigkeit des Schuldners, also Bonität, gehaftet.

Mangel des Unternehmens ≠ Mangel des Geschäftsanteils!

2. Kauf sämtlicher oder quasi sämtlicher Anteile steht wirtschaftlich dem Kauf eines Unternehmens als Sach- u. Rechtsgesamtheit gleich (wirtschaftliche Gleichwertigkeit).

Dazu gehören: Kundenstamm, Ruf, Geschäftsgeheimnisse, Firma, Marken, Know-How.

BGH (Urteil vom 28. November 2001 - VIII ZR 37/01 m.w.N.) geht von

Unternehmenskauf aus, wenn nicht nur einzelne Wirtschaftsgüter, sondern ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögenswerten übertragen werden soll *und der Erwerber dadurch in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches*

*weiterzuführen.*

Kauf der Mehrheit reicht dafür trotz § 15 ff AktG nicht! Mindestens mehr als 75/100 – arg. § 53 GmbHG und Umwandlungserfordernisse (3/4 Mehrheit).

Dann V = Träger des Unternehmens mit Entscheidungsmacht => § 453 I 2. Alt.

=> V muss auch für Beschaffenheit des Unternehmens einstehen.

II. Sach-/Rechtsmangel des Unternehmens?

1. Minderheitenrechte: Rechtsmangel des Geschäftsanteils, weil die Stimmrechte über das im Verkehr Typische (§ 903 BGB) beeinträchtigt sind.

(weitere Beispiele: Größe des Anteils, Gewinnbeteiligung)

48



**Fall (Streit unter Investoren):**

Satzungsänderung zu Lasten der Minderheitsgesellschafter wg. § 35 BGB unzulässig.  
Ergebnis: Nacherfüllungsanspruch des K auf Satzungsänderung gegen V!

**2. Fehlerhafte Kacheln**

Zwar Verkauf einer Sachgesamtheit Unternehmen. Für Mangel der einzelnen Sache haftet V nur, wenn dieser sich auf die Funktionsfähigkeit des Unternehmens, für die er Gewähr übernommen hat, auswirkt. Diese Schwelle jedenfalls dann überschritten, wenn wirtschaftliche Grundlagen des Unternehmens erschüttert. Gegenmeinung gibt Anspruch auch für Mangel eines einzelnen Gegenstandes.

(vgl. hierzu OLG Köln vom 29.1.2009 – Az.: 12 U 20/08 - unter II 1 b)

Hier: (-)

**3. Schlechte Ertragsaussichten des ersten Baumarktes wg. Bau der Konkurrenz Sachmangel des Unternehmens nach §§ 434, 453?**

*Kurzfristige* (bis zu 3 Jahre) Umsatz- und Ertragsaussichten beruhen insbesondere auf dem Einsatz und Geschick des Unternehmers => Beschaffenheitsvereinbarung eher (-)

*Langfristige* Umsatz- und Ertragsaussichten sagen hingegen mehr über das Unternehmen als solches aus => Beschaffenheitsvereinbarung eher (+)

Hier: Langfristige Ertragsaussichten betroffen, aber mangelnde Ertragsfähigkeit des ersten Baumarktes ergibt sich erst aus Umständen, die nach Gefahrübergang begründet (wenn schon vor Gefahrübergang, dann Beschaffenheit (+)) wurden.

Wenn V vom anstehenden Bau des Konkurrenzmarktes wusste, dann Haftung c.i.c.

=> keine verschuldensunabhängige Haftung des V auf Nacherfüllung.

49

Ergebnis hier: Anspruch (-)

**Fall (Streit unter Investoren):****A. §§ 437 Nr. 1; 439 I; 453 I – Anspruch auf Nacherfüllung****... 4. Gebäudemangel**

a. Recht der Behörde, Nutzungsuntersagung zu erlassen, ist Sachmangel des Gebäudes. Bestand auch schon bei Gefahrübergang, weil es auf den objektiven Zustand des Gebäudes ankommt, nicht auf den Zeitpunkt des behördlichen Bescheides.

b. Funktionsrelevanz für Unternehmen?

Ein Ausfall von ein Drittel des Gesamtumsatzes entspricht nicht den Vereinbarungen (V: "Er rechne mit einem ungestörten Fortgang"). Erschütterung der wirtschaftlichen Grundlagen des Unternehmens hierfür nicht erforderlich; Vereinbarung geht vor.

=> Sachmangel des Unternehmens (+)

**...5. Kennenmüssen nach § 442 BGB?**

Käufer hätte Minderheitenrechte kennen müssen, da über elektronisches Handelsregister Satzung einsehbar (vgl. Parallele zu Art. 28 Abs. 2 EuGüVO, wo bei Eintragung im Güterrechtsregister Verfügungsbeschränkung eines Ehegatten als bekannt unwiderleglich vermutet wird)

Gesamtergebnis: K hat Anspruch auf Nacherfüllung wegen des Gebäudemangels.

**B. Anspruch auf Minderung §§ 437 Nr. 2; 441 I; 453 I 1 2. Alt.**

Wenn Fristsetzung zur Nacherfüllung erfolglos bleibt (+)

**C. Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung, §§ 437 Nr. 3, 280 I, 453 I 1 2. Alt.**

SchE für entgangenen Gewinn (mangelbedingter Betriebsausfallschaden – vgl. BGH NJW 2009, 2674). Kein Verzug erforderlich (so BGH; str.)

<sup>31.10.2014</sup> Verschulden würde nach § 280 I 2 vermutet. (+)

50

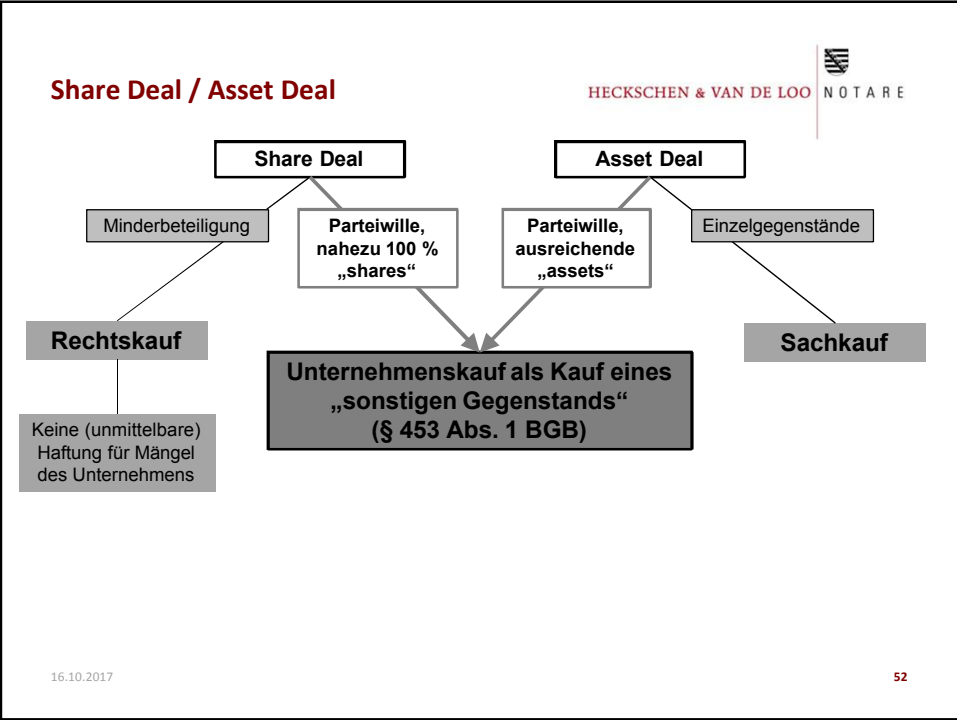
HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

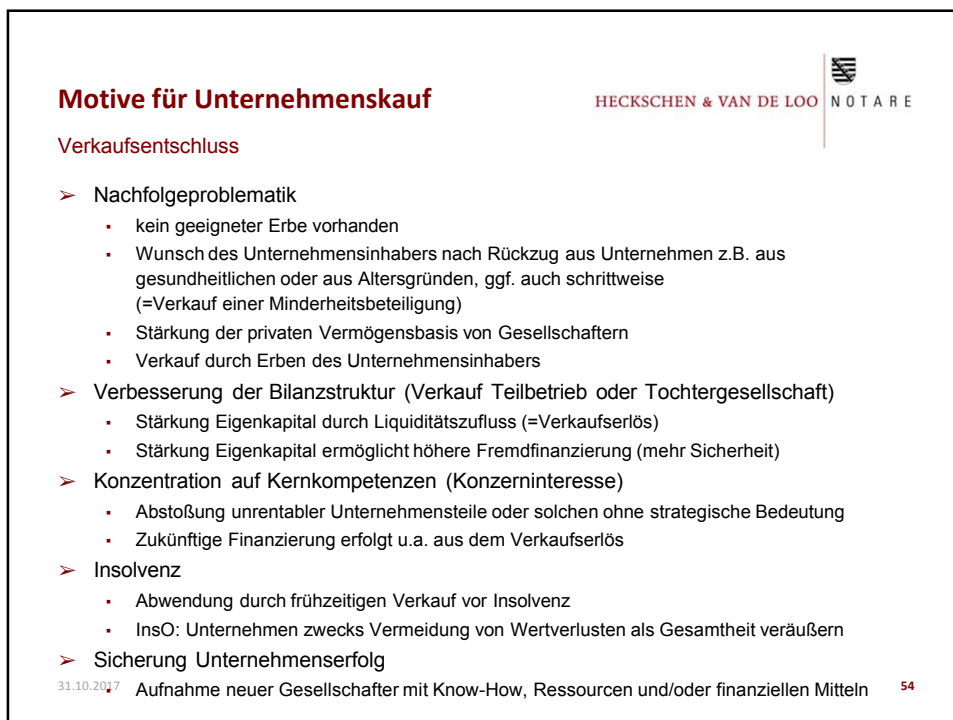
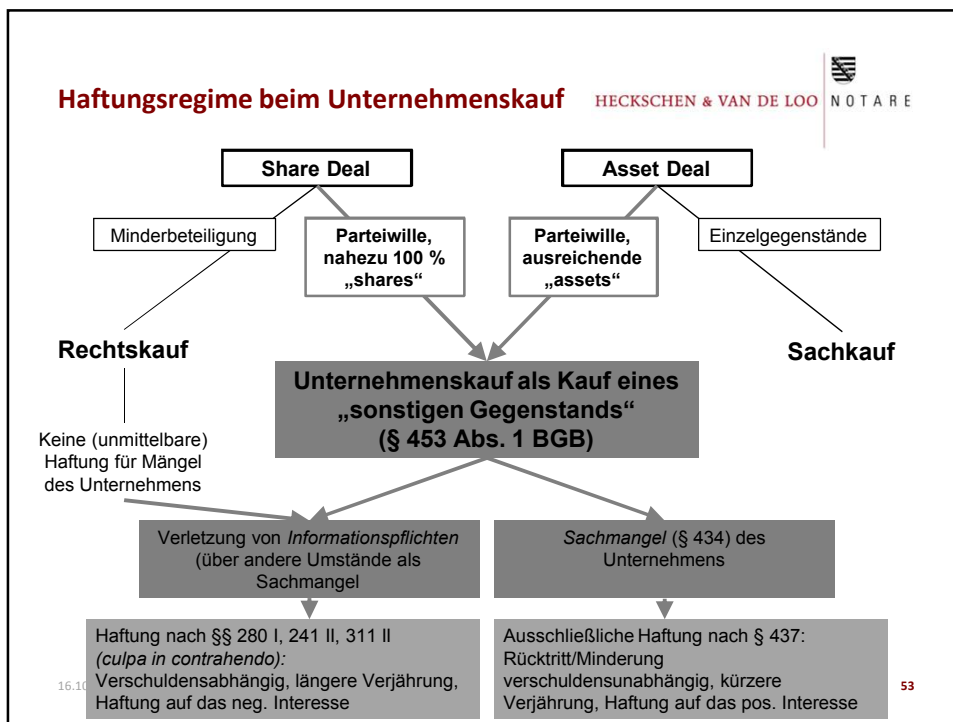
**Fall (Streit unter Investoren):**

*Exkurs: Gefahrübergang beim Unternehmenskauf (BGHZ 138, 195)*

§ 446 BGB gilt auch für Unternehmenskauf – bewegliches Unternehmensvermögen  
 Werden Geschäftsanteile verkauft, ist Rechtsträger die GmbH selbst, nicht der Gesellschafter => dieser muss GF ggf. über GV-Beschluss zur Übergabe anweisen!  
 Verkäufer muss sich zurückziehen und Käufer die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit einräumen, sich über sämtliche Geschäftsvorgänge zu unterrichten und die Geschicke des Unternehmens in die Hand zu nehmen  
 => Herrschaft über das Unternehmen, das Kaufgegenstand ist. Erst das rechtfertigt dem Käufer die Gefahr zufälligen Untergangs und Verschlechterung aufzuerlegen.  
 Gefahrübergang setzt immer wirksamen Kaufvertrag voraus  
 Bsp.: Verstoß gegen § 15 IV 1 GmbHG (siehe: BGHZ 138, 195 – lesenswert)  
 Die dingliche Rechtsänderung (=Abtretung der Geschäftsanteile) hat mit der Übergabe gemäß § 446 BGB dagegen nichts zu tun. Allerdings kann der Käufer als Gesellschafter dann den (renitenten) GF über GV-Beschluss zur Übergabe anweisen und so selbst durchsetzen. Die Verpflichtung zur Übergabe bleibt aber gemäß § 433 I 1 beim Verkäufer; es reicht also nicht, dass Verkäufer Geschäftsanteile abgetreten hat.

31.10.2017 51





## Motive für Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufentschluss

- Wachstum
    - Umsatzwachstum durch Akquisitionen/Renditesteigerung/zusätzliche Produktionskapazitäten
  - Aufkauf von Mitwettbewerbern
    - Auch Marktberreinigung durch Kauf und anschließende Stilllegung des Unternehmens
  - Erleichterung des Einstiegs in neuen Markt bzw. Branche
    - Geografisch für neue Gebiete (Produktion bzw. Vertrieb)
    - Erwerb neuer Marktanteile/Erweiterter Kunden- und/oder Lieferantenzugang
  - Zugang zu neuem Know-How, Lizenzen, Marken, Patente etc.
    - Zugang zu Forschungsergebnissen und Übernahme von Schlüsselmitarbeitern
  - Diversifikation und Erweiterung Produktprogramm
    - Verringerung von Abhängigkeiten (Branche/Rohstoffe/Saisonalität)
    - Verlagerung von zyklischen zu antizyklischen, stabileren Produkten bzw. Industrien
    - Horizontale und vertikale Produkterweiterung (Wertschöpfungskette)
  - Synergieeffekte und Financial Engineering
    - Cross Selling Potenziale / Kosteneinsparungspotenziale (Vertrieb, Einkauf, Produktion etc.)
- 31.10.2017 Verbesserung finanzieller Kennzahlen (Wertsteigerung) 55

## Motive für Unternehmenskauf

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Sonderfälle

- Management-Buy-Out (MBO)
  - Management des zu kaufenden Unternehmens steht auf der Erwerberseite
- Management-Buy-In (MBI)
  - Management eines fremden Unternehmens steht auf der Erwerberseite
- Finanzierung des MBO und MBI häufig über Darlehen, die durch die Vermögenswerte des übernommenen Unternehmens abgesichert werden  
**(Leveraged-Buy-Out)**  
Problem: Verstoss gegen Kapitalerhaltungsvorschriften?

31.10.2017

56

**HECKSCHEN & VAN DE LOO**  NOTARE


## Ablauf eines Unternehmenskaufs (UK)

### Überblick

- Interne Planung
- Vorgespräche
- Vorvereinbarungen im Vorfeld des UK
- Due Diligence
- Unternehmensbewertung
- Vertragsentwurf und Vertragsverhandlungen
- Vertragsabschluss
- Closing

Vorbereitung

31.10.2017 57

**HECKSCHEN & VAN DE LOO**  NOTARE

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

### Interne Planung

- Benennung eines Projektteams und –leiters
- Aufstellung eines Aktions- und Dokumentationsplans
  - Aufstellung aller erforderlichen Maßnahmen
  - Benennung der verantwortlichen Personen
  - Zeitplanung
  - Aufstellung der nötigen Dokumente
- Finanzierungsfragen
- weitere Vorbereitungen
  - genauer Kaufgegenstand
  - Entscheidung über Asset oder Share Deal

31.10.2017 58

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Interne Planung

- Neustrukturierung des betreffenden Unternehmens durch den Verkäufer, z.B. Abspaltung oder Ausgliederung eines Teilbetriebs
- Rechtzeitige Planung ist wichtig wegen
  - gesellschaftsrechtlicher Nachhaftungsregelungen (z.B. 5-jährige Nachhaftung gem. § 133 I 1; III UmwG)
  - steuerliche Behalte- und Missbrauchsfristen, z.B.
    - § 8b II und III 1 KStG: begünstigte Veräußerung (5%), aber 7-jährige Sperrfrist gem. § 22 I S. 1 bis 4 UmwStG (bei vorheriger Einbringung Unternehmen zu Buchwerten / Abschmelzung)
    - 5 Jahre gem. § 15 II S. 3 bis 5 UmwStG
    - 5 Jahre gem. § 5 III GrEStG (Einbringung Grundstück in Gesamthand - begünstigt - § 5 I; dann Verkauf Grundstück durch Gesamthand vor Ablauf von 5 Jahren)

31.10.2017

59

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Interne Planung

Vorkaufsrecht / Zustimmungspflicht bei Verfügung über Gesellschaftsanteil

Liquidationspräferenz bei Exit/ Verwässerungsschutz/ Pay to Play-Klausel

Vesting-Klausel (Bad and good leaver)

### Verkaufsverpflichtung bei Mehrheit von Verkäufern

- drag along-Klausel
  - Mitverkaufsverpflichtung. Vertragliche Vereinbarung in Beteiligungs- und/oder Gesellschaftsverträgen, die den Gesellschaftern die Pflicht auferlegt, im Falle des Verkaufes des Unternehmens die eigenen Anteile mit zu verkaufen. Hierdurch soll dem Käufer ermöglicht werden, die gesamten Anteile oder zumindest eine kontrollierende Mehrheit zu übernehmen.
- tag-/take along-Klausel
  - Mitverkaufsrecht. Eigene Anteile an einem Rechtsträger können mitverkauft werden, wenn ein Mitgesellschafter die von ihm gehaltenen Anteile veräußert.

31.10.2017

60

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Mitverkaufsverpflichtung (drag along Klausel) \*

- (1) Jeder Gesellschafter kann auf der Grundlage eines mit einer Mehrheit von [60]% aller Stimmen gefassten Beschlusses der Gesellschafterversammlung von allen anderen Gesellschaftern den Verkauf eines Teils oder aller ihrer Geschäftsanteile zu den gleichen Konditionen an einen Erwerber, der mindestens 75% der Geschäftsanteile der Gesellschaft erwerben möchte, verlangen.
- (2) Für den Fall, dass ein Gesellschafter gemäß dem vorstehenden Absatz den Verkauf von 100% der Geschäftsanteile der Gesellschaft verlangt, sind alle Gesellschafter verpflichtet, gemeinschaftlich auf einen Verkauf ihrer Geschäftsanteile oder alternativ einen Unternehmensverkauf des Vermögens der Gesellschaft hinzuwirken. Die Gesellschafter beschließen mit einer Mehrheit von [60]% der abgegebenen Stimmen die Person, die zur Verhandlung der Bedingungen der Übertragung mit dem oder den Erwerbern ermächtigt ist („Verhandlungsführer“). Nach einer solchen Bestimmung gilt der Verhandlungsführer unwiderruflich als ermächtigt, die Bedingungen eines Verkaufs mit dem oder den Dritten zu verhandeln und den Kaufvertrag mit dem oder den Dritten abzuschließen. Die Gesellschafter sind verpflichtet, dem Verhandlungsführer auf Anforderung eine entsprechende, über den Tod hinaus wirkende Vollmacht in gesonderter Urkunde zu erteilen.
- (3) Der Verhandlungsführer muss das Interesse der Gesellschafter an einer angemessenen Gegenleistung berücksichtigen. Der Verhandlungsführer hat den ausgehandelten Vertragsentwurf allen Gesellschaftern zur Kenntnis zu bringen und darf den von ihm ausgehandelten Vertrag rechtsverbindlich erst abschließen, nachdem die Gesellschafterversammlung dem Vertragsabschluss auf der Grundlage des ausgehandelten Vertragsentwurfs mit einer Mehrheit von [60]% der abgegebenen Stimmen zugestimmt hat.

\* Formulierung aus Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht  
31.10.2017

61

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Mitveräußerungsrecht (take along Klausel) \*

- (1) Veräußert Gesellschafter A (nachfolgend auch kurz „Mehrheitsgesellschafter“ genannt) Geschäftsanteile, deren Nennbetrag insgesamt mehr als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft ausmacht, an einen Erwerber oder eine Erwerbergruppe, so haben Gesellschafter B und C (nachfolgend einzeln und gemeinsam auch kurz „Minderheitsgesellschafter“ genannt) jeweils das Recht, von dem veräußernden Mehrheitsgesellschafter zu verlangen, auch die jeweils von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile zu identischen Konditionen mitzuveräußern. Die Minderheitsgesellschafter können die Mitveräußerung auch verlangen, wenn die an den Erwerber veräußerten Geschäftsanteile weniger als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft ausmachen, der Erwerber aber zusammen mit verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG oder Angehörigen im Sinne von § 15 AO in Folge dieses Erwerbs mehr als [50]% des Stammkapitals der Gesellschaft halten würde.
- (2) Beabsichtigt der Mehrheitsgesellschafter, Geschäftsanteile in einem das Mitveräußerungsrecht nach Abs. 1 auslösenden Umfang zu veräußern, so hat er dies den Minderheitsgesellschaftern unter Beifügung des mit dem Erwerber ausgehandelten Vertragsentwurfs schriftlich mitzuteilen. Der Vertragsentwurf soll Name bzw. Firma und Sitz des Erwerbsinteressenten, den Kaufpreis und/oder alle sonstigen Gegenleistungen für die beabsichtigte Veräußerung sowie deren Fälligkeit, Garantien, Beschaffensvereinbarungen und sonstige Gewährleistungen sowie Freistellungsverpflichtungen enthalten. Änderungen des mit dem Erwerber zu schließenden Vertrags gegenüber dem der Mitteilung beigefügten Entwurf bedürfen der Zustimmung der ihr Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschafter.
- (3) Das Mitveräußerungsrecht wird durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter innerhalb von [vier] Wochen nach Zugang einer schriftlichen Mitteilung über den beabsichtigten Verkauf ausgeübt.
- (4) Ist der in der Mitteilung genannte Erwerber nicht bereit, neben den das Mitveräußerungsrecht begründenden Geschäftsanteilen des Mehrheitsgesellschaftern auch die Geschäftsanteile der das Mitveräußerungsrecht ausübenden Minderheitsgesellschafter zu erwerben, hat der Mehrheitsgesellschafter dies den Minderheitsgesellschaftern unverzüglich mitzuteilen. Auf Anforderung eines das Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschaftern ist der Mehrheitsgesellschafter in diesem Fall verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass der Mehrheitsgesellschafter und die das Mitveräußerungsrecht geltend machenden Minderheitsgesellschafter dem Erwerber Geschäftsanteile entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligung am Stammkapital veräußern.

\* Formulierung aus Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht  
31.10.2017

62

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorgespräche

- Klärung der Verkaufs- bzw. Erwerbsbereitschaft der potentiellen Vertragspartner
- Beschaffung von Informationen über das Zielunternehmen
- Ermittlung der Kauf- bzw. Verkaufsmotive
- ggf. Bonitätsprüfung des Käufers

31.10.2017

63

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

- Nicht bindende Vorvereinbarungen
  - letter of intent (LOI) = reine Absichtserklärung für Kaufvertragsabschluss
  - In Verhandlungsprotokollen werden bisher erzielte Verhandlungsergebnisse und noch zu klärende Problembereiche festgehalten.
  - Wenn (ausnahmsweise) doch rechtlich bindend, Haftung bei grundlosem Abbruch der Vertragsverhandlungen nach § 311 Abs. 2 BGB möglich
  - OLG Frankfurt vom 31.10.96: *„Haben die Parteien in einem LOI vereinbart, dass sie auch einen Unternehmenskaufvertrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkt und zu einem bestimmten Preis für im Einzelnen aufgelistete Unternehmensgegenstände abschließen wollen, haben sie einen rechtlich bindenden Vorvertrag geschlossen“*
- Bindende Vorvereinbarungen – Gesetzliche Regelung
  - zwar bereits Treue- und Geheimhaltungspflichten kraft Gesetzes (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB)
  - Geheimhaltungs- und Nichtverwertungsvereinbarungen dennoch sinnvoll

31.10.2017

64



## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

#### ➤ Bindende Vorvereinbarungen - Geheimhaltungsvereinbarung

- Zweck: Schutz des Verkäufers gegen Bekanntwerden der Veräußerungsabsicht und Nutzung der erlangten Informationen durch den potentiellen Käufer
- Inhalt:
  - Geheimhaltungsverpflichtung => Definition, wer Geheimhaltungsträger und auch was vertraulichen Information selbst ist und deren Dokumentation
  - Ausnahmen: bereits bekannte/öffentlich zugängliche Informationen, Anforderung durch Gericht oder Verwaltungsbehörde, Wirtschaftsprüfer als Informationsempfänger, schriftliche Zustimmung des Verkäufers
  - Rückgabe/Löschungspflicht des potentiellen Käufers
  - Erfüllungsanspruch bzw. SchE nach § 280 I BGB oder Vereinbarung Vertragsstrafe bei Verletzung (§ 339 BGB)
  - Unbefristet/befristet, §§ 158, 163 BGB
- Nur begrenzter Schutz, z.B. bei Know-How + Weitergabe Info an Wettbewerber
  - => gestuftes Offenlegungsverfahren, sorgfältige Auswahl der potentiellen Käufer (z.B. unter Ausschluss von bestimmten Wettbewerbern)

31.10.2017

65

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vorvereinbarungen im Vorfeld des Unternehmenskaufs

- Alternative: käuferrelevante Daten werden einem geheimhaltungspflichtigen Dritten, z.B. Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt, Steuerberater, mitgeteilt.
- Break-Fee-Vereinbarung = Regelung über Kostentragung und Aufwendungsersatz für den Fall des Scheiterns der Vertragsverhandlungen
- Option
  - Recht, Vertragsabschluss durch einseitige Erklärung herbeiführen zu können
  - Call-Option: zugunsten des Käufers; Put-Option: zugunsten des Verkäufers
- Vorvertrag
  - beinhaltet Verpflichtung zum Abschluss eines Hauptvertrages
  - nur wirksam wenn essentialia negotii hinreichend bestimmt oder bestimmbar
  - Formvorschriften des Hauptvertrages gelten
  - => kaum empfehlenswert (dann gleich Hauptvertrag)

31.10.2017

66

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Geheimhaltungs-(Vertraulichkeits-)Vereinbarung:\*

„Im Zusammenhang mit der Bewertung eines möglichen Erwerbs einer Beteiligung an der Gesellschaft (die „Transaktion“) ist der Erwerber an dem Erhalt bestimmter geheimer und vertraulicher Informationen bezüglich der Gesellschaft einschließlich Informationen bezüglich der Geschäftstätigkeit, der Finanzlage, der Geschäftsabschlüsse, Vermögenswerte und Verbindlichkeiten („Geheime Informationen“) von der Gesellschaft interessiert. Mit Abschluss dieser Vereinbarung beabsichtigen die Parteien, die Vertraulichkeit der Geheimen Informationen, die dem Erwerber den in Zusammenhang mit der Bewertung der Transaktion zur Verfügung gestellt werden, zu wahren. Daher wird hiermit zwischen den Parteien Folgendes vereinbart:

§ 1 Der Erwerber wird die Geheimen Informationen vertraulich behandeln und nur zum Zweck der Bewertung der Transaktion verwenden. Der Erwerber verpflichtet sich, die Geheimen Informationen nicht ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Veräußerers oder der Gesellschaft Dritten zugänglich zu machen.

§ 2 Der Erwerber ist berechtigt, die Geheimen Informationen an Mitarbeiter oder Berater weiterzugeben, die mit der Bewertung der Transaktion beauftragt sind. Der Erwerber ist verpflichtet, die vorgenannten Personen über die aufgrund dieser Vereinbarung bestehende Geheimhaltungsverpflichtung vor Bekanntgabe einer Geheimen Information zu informieren. Der Erwerber steht für die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß dieser Vereinbarung durch die vorgenannten Personen ein.

§ 3 Die Verpflichtung zur Geheimhaltung, und Nicht-Weitergabe findet nur Anwendung auf Informationen, die

- a) nicht bereits allgemein bekannt sind;
- b) dem Erwerber nicht bereits vorher von der Gesellschaft oder deren Vertretern auf nicht vertraulicher Basis gewährt worden waren;
- c) dem Erwerber nicht von Dritten auf nicht vertraulicher Basis zugänglich gemacht wurden, es sei denn, dass dem Erwerber bekannt war, dass dieser Dritte seinerseits durch die Weitergabe eine Geheimhaltungsvereinbarung mit dem Veräußerer oder der Gesellschaft verletzt hat.

§ 4 Eine Geheimhaltungsverpflichtung besteht nicht, soweit der Erwerber gesetzlich verpflichtet ist, Geheime Informationen in gerichtlichen, behördlichen oder sonstigen Verfahren zu offenbaren.

§ 5 Der Erwerber verpflichtet sich, auf schriftliche Anforderung des Veräußerers sämtliche ihm aufgrund dieser Vereinbarung überlassenen Unterlagen, Daten oder Datenträger sowie sämtliche Kopien oder Teile hiervon, die sich noch im Besitz des Erwerbers befinden, an die Gesellschaft zurückzugeben oder zu zerstören und der Gesellschaft die Zerstörung schriftlich zu bestätigen.

§ 6 Weder das Abhalten der beabsichtigten Verhandlungen noch die Bekanntgabe Geheimer Informationen nach dieser Vereinbarung verpflichtet die jeweils andere Partei zum Abschluss einer Transaktion oder zur Aufnahme von Geschäftsbeziehungen zu der jeweils anderen Partei.

§ 7 Im Falle jedes Verstoßes gegen die vorstehend getroffenen Vereinbarungen ist der Erwerber zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von EUR 500 000 verpflichtet. Je zwei Wochen einer fortgesetzten Verletzungshandlung gelten als selbständiger Verstoß. Die Geltendmachung darüber hinausgehender Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche durch den Veräußerer und die Gesellschaft bleiben hiervon unberührt. Die Vertragsstrafe ist auf Schadensersatzansprüche anzurechnen.“

\* Aus Vertragshandbuch „Recht und Steuern“, Beck-Verlag <sup>67</sup>

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Letter of Intent – Muster\*:

#### I. Kauf- bzw. Verkaufsabsicht

##### 1. Unsere Kaufabsicht

In Abstimmung mit unserem Aufsichtsrat bestätigen wir unsere Absicht, das Unternehmen der Z-GmbH (Gesellschaft), mindestens aber 76% der Geschäftsanteile an der Gesellschaft (durch Kauf von Anteilen oder Zeichnung einer Kapitalerhöhung) zu erwerben. Der Unternehmenswert soll zwischen dem vier- und dem sechsfachen des durchschnittlichen bereinigten Gewinns (vor Zinsen und Ertragsteuern „EBIT“) der Gesellschaft in den Jahren 2011–2014 (abzüglich zinstragender Verbindlichkeiten) betragen; davon soll etwa 1/3 in Aktien unserer Gesellschaft oder in einem mittelfristigen Schuldscheindarlehen erbracht werden. Stichtag soll der 1. Juli des laufenden Jahres sein. Andere wesentliche Punkte des beabsichtigten Unternehmenskaufvertrages ergeben sich aus dem Übersichtsblatt in Anlage A.

Eine spätere, weitergehende Kooperation zwischen uns und der Gesellschaft einerseits und Ihren anderen Unternehmen andererseits wird von Ihnen und uns geprüft, ist aber nicht Gegenstand der laufenden Verhandlungen oder dieses Schreibens.

##### 2. Entwurf, Referenz, Projektleiter

Als erste Schritte sind auf unserer Seite vorgesehen:

- a) Wir werden Ihnen bis zum Ablauf einer Woche nach Rückgabe der gegengezeichneten Kopie dieses Schreibens einen Vertragsentwurf gemäß dem Vorstehenden mit üblichen Gewährleistungen und sonstigen Bedingungen als Grundlage für die weiteren Verhandlungen vorlegen.
- b) Wir werden Ihnen gleichzeitig eine Bankreferenz und einen Kapitalnachweis vorlegen. Weiter werden wir Ihren Wirtschaftsprüfer, A, unseren Jahresabschluss für das letzte abgelaufene Wirtschaftsjahr vorlegen.
- c) Als unseren Projektleiter benennen wir Herrn P. Wir bitten, alle Gespräche bezüglich des Gegenstandes dieses Schreibens ausschließlich mit ihm zu führen, soweit er nicht für bestimmte Arbeitsbereiche ausdrücklich eine bestimmte andere Person benennt.

##### 3. Ihre Verhandlungsabsicht

In Abstimmung mit Ihrer Gesellschafterversammlung beabsichtigen Sie, mit uns auf der Grundlage des Vorstehenden über den Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages zu verhandeln. Als Ihren Projektleiter haben Sie Frau Q benannt. Wir werden alle Gespräche ausschließlich mit ihr führen, soweit sie nicht für bestimmte Arbeitsbereiche ausdrücklich eine bestimmte andere Person benennt.

##### 4. Verhandlungen und Abschluss

Die Verhandlungen über den Unternehmenskaufvertrag sollen spätestens eine Woche nach Vorlage des Vertragsentwurfes gemäß vorstehend I.2.a mit einer mindestens eintägigen Sitzung an einem von Ihnen zu bestimmenden Ort beginnen und spätestens am 8. Juli des laufenden Jahres mit Abschluss des notariellen Unternehmenskaufvertrages beendet werden, der der Zustimmung unseres Aufsichtsrates bedarf.

31.10.2017

\* Aus Vertragshandbuch „Recht und Steuern“, Beck-Verlag <sup>68</sup>

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Letter of Intent – Muster:

#### II. Ablauf

Zur Vorbereitung und Durchführung des Vorstehenden dienen die folgenden Schritte.

##### 1. Unterlagen

Ihre Wirtschaftsprüfer, A, werden unseren Wirtschaftsprüfern, B, binnen zehn Tagen nach Eingang dieses Schreibens bei Ihnen – die testierten Jahresabschlüsse 2010 bis 2013 (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht), – das Budget 2014 und – die Unternehmens- und Investitionsplanung 2013 bis 2017

der Gesellschaft vollständig zur Prüfung zugänglich machen. Unsere Wirtschaftsprüfer werden uns über das Ergebnis ihrer Prüfung anhand unseres Fragenkatalogs ausschließlich schriftlich (mit Kopie an Sie) und ergänzend in einer mündlichen Besprechung in Anwesenheit Ihrer Wirtschaftsprüfer oder eines anderen von Ihrem Projektleiter Benannten unterrichten. Die Prüfung soll bis spätestens 27.5.2014 abgeschlossen sein.

##### 2. Erstes Management-Gespräch

Nach Abschluss der Prüfung gemäß II.1. werden Sie unserem Vertriebs- und unserem Finanzvorstand Gelegenheit zu mindestens einem ausführlichen Gespräch (in Anwesenheit Ihres und unseres Projektleiters) mit dem für Vertrieb bzw. Finanzen zuständigen Geschäftsführer der Gesellschaft über gemeinsam interessierende Fragen geben, darunter über die Möglichkeit und die Bedingungen einer Fortsetzung der Tätigkeit der beiden Herren für die Gesellschaft nach einem Erwerb durch uns.

Nach Abstimmung mit Ihnen werden wir dem Management von Z unser Modell zur Incentivierung und Beteiligung vorstellen und darüber mit den interessierten Mitgliedern des Managements verhandeln.

##### 3. Weitere Management-Gespräche

Bei planmäßigem Verlauf der Verhandlungen werden Sie je einem Vertreter unserer Seite Gelegenheit zu einem ausführlichen Gespräch (in Anwesenheit Ihres und unseres Projektleiters)

– mit dem Leiter des Forschungslabors, das die Gesellschaft gemeinsam mit der Y GmbH betreibt, und

– mit einem möglichst hoch positionierten Vertreter Ihres Hauptabnehmers, der Firma R AG,

geben, wobei – ohne die Erwähnung des beabsichtigten Unternehmenskaufs – die Möglichkeit einer Kooperation zwischen der Gesellschaft und unseren Unternehmen erörtert werden soll.

##### 4. Rechtspflichten

Aus dem Vorstehenden erwachsen Ihnen und uns Ansprüche weder auf Erfüllung noch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sollte bis zum 8. Juli kein Vertrag zustande gekommen sein, sind jegliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem Vorstehenden ausgeschlossen.

69

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Letter of Intent – Muster:

#### III. Verpflichtungen

1. Geheimhaltung – siehe Muster Geheimhaltungsvereinbarung -

##### 2. Kostenersatz

Sollte der Unternehmenskaufvertrag bis zum Ablauf von drei Monaten nach dem in I.4. genannten Zeitpunkt nicht zu Stande kommen, obwohl Sie den Mitwirkungspflichten gemäß II.1 bis 3 nachgekommen sind, so erstatten wir Ihnen die üblichen Honorare und Reisekosten Ihrer Wirtschaftsprüfer, A, im Zusammenhang mit II.1. bis zum Gesamtbetrag von [...]. Darüber hinaus erstatten wir Ihnen nach Durchführung der Gespräche gemäß II.2 und 3 die üblichen Honorare und Reisekosten Ihrer Anwälte im Zusammenhang mit den Verhandlungen bis zum Gesamtbetrag von [...], ggf. je zzgl. Umsatzsteuer gegen ordnungsgemäße Rechnungsstellung. Eine ggf. auszuhandelnde Optionsgebühr für den Fall der Einräumung der von uns gewünschten Kaufoption, die im Übrigen nicht Gegenstand dieses Schreibens ist, bleibt unberührt.

##### 3. Ausschließlichkeit

Sie werden während des Fortgangs der Verhandlungen und Prüfungen gemäß dem Vorstehenden, mindestens bis zum Ablauf von einem Monat nach dem in I.4. genannten Zeitpunkt des vorgesehenen Vertragsschlusses, keine Gespräche über die Veräußerung, ganz oder teilweise, der Gesellschaft oder Ihres Unternehmens an Dritte bzw. den Erwerb, ganz oder teilweise, einer mit der Gesellschaft räumlich und sachlich konkurrierenden Gesellschaft führen. Bei jeder Verletzung dieser Ausschließlichkeit durch die eine Seite ist die andere Seite von allen etwaigen Verpflichtungen im Zusammenhang mit diesem Schreiben vollständig und endgültig entbunden.

##### 4. Entfallen mit Vertragsschluss

Die vorstehenden Bestimmungen III.1 bis 4 entfallen von Anfang an mit Abschluss des Unternehmenskaufvertrages. Sie entstehen jedoch erneut und von Anfang an mit Wegfall des Unternehmenskaufvertrages, es sei denn, der Wegfall wäre von dem gemäß Ziff. III.1 bis 4 jeweils Berechtigten zu vertreten.

#### IV. Recht, Gerichtsstand

Die Erklärungen und Vereinbarungen dieses Schreibens und alle Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seinem Gegenstand unterstehen ausschließlich deutschem Recht und der ausschließlichen internationalen und örtlichen Gerichtsbarkeit der für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichte.

\*\*\*

Zum Zeichen Ihres Einverständnisses mit dem Vorstehenden bitten wir um Gegenzeichnung und Rückgabe der beigefügten Kopie dieses Schreibens.

31.10.2017

70

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence (Unternehmensprüfung) - Funktionen

- **Informationsbeschaffung** im Vorfeld einer Transaktion
  - Kaufinteressent hat Bedürfnis, das Zielunternehmen so genau wie möglich zu analysieren, um die für ihn wichtigen Wirtschaftsgüter und Rechtsbeziehungen festzustellen.
  - Wertbestimmung von Unternehmen
  - Finanzierung von Unternehmen
- **Identifizierung von Risiken und Schwachstellen** einer Transaktion
  - ggfs. durch aufschiebende Bedingungen, Gewährleistungen, Bürgschaften, Garantien und andere Sicherheiten abzufedern
- **Offenlegung und Dokumentation einer Transaktion zu Beweis Zwecken**
  - Vertragspartei kann nicht ohne weiteres reklamieren, sie sei auf bestehende Gegebenheiten und Risiken nicht ausreichend hingewiesen
  - ggfs. haftungsrelevant
    - z.B. Offenlegungsschreiben (disclosure letter) mit entsprechendem Haftungsausschluss

31.10.2017

71

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Erleichterungen des Verkaufs durch den Verkäufer

#### Investitionsübersicht

- entweder in anonymisierter Form (blind teaser) oder
- mit genauer Identifikation der Investitionsmöglichkeit (executive summary)

#### Verkaufsprospekt (information memorandum)

- ggfs. Unterlagen der Vendor's Due Diligence

#### Managementpräsentation / Bankers' meeting

#### Datenraum (data room)

- Datenraumerklärung ist einseitige Verpflichtung, § 241 I 1 BGB
- physischer Datenraum
- virtueller Datenraum (CD-ROM, Internetzugang)

#### Ortsbesuche, Management- und Mitarbeitergespräche

**Strukturierung dieses Prozesses ist eine Hauptaufgabe einer Investmentbank**

31.10.2017

72

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten der Due Diligence - 1

- Due Diligence mit **unterschiedlichen Erkenntnisinteressen**, z. B.
  - **Verkäufer** (vendor's due diligence):  
Identifikation wertmindernder Faktoren, Erhöhung Investoreninteresse
  - **Käufer** (buyer's due diligence)
    - **strategische** Unternehmenserwerber
      - Due Diligence mit Blick auf **Chancen und Risiken**
    - **Finanzinvestoren**
      - Due Diligence mit Blick auf Chancen und Risiken sowie **Veräußerungsmöglichkeiten**
  - finanzierende **Banken**
    - besonderes Schwergewicht auf **Risiken**
- erst Due Diligence dann Vertragsgestaltung
  - in Praxis oft nicht beachtet

31.10.2017

73

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence - 2

- **finanzielle** (financial) Due Diligence  
= Ermittlung finanzieller Situation des Unternehmens (gestützt auf Rechnungswesen)
  - ❖ Vergangenheitsanalyse
  - ❖ **Jahresabschlüsse**  
(insbesondere Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen)  
mit Berichten der Wirtschaftsprüfer für die letzten drei Geschäftsjahre
    - sowohl Einzelabschluss als auch ggfs. Konzernabschluss
    - Jahresabschlüsse von etwaigen Beteiligungsgesellschaften
  - ❖ unterjährige, **betriebswirtschaftliche Auswertungen** (BWAs)
  - ❖ **Finanzierung** des Unternehmens (Eigenkapital und Fremdkapital)
  - ❖ Übersicht der **Umsätze** in den letzten drei Geschäftsjahren aufgeteilt nach den Hauptproduktgruppen und Hauptkunden

31.10.2017

74

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence - 3

- Kostenrechnung des Unternehmens (Betriebskostenstruktur, Kapitalkostenstruktur)
- Liste der Bankkonten
- Aufstellung der Miet- und Leasingverträge über betriebliche Gegenstände und Maschinen unter Angabe der jeweiligen Laufzeit (Beginn und Ende) und der Zahlungsverpflichtungen
- **Zukunftsanalyse**
  - Geschäftsplan
- **wirtschaftliche** (commercial / market) Due Diligence  
= Situation des Markts (insb. Markt, Wettbewerb, Geschäftsmodell, Differenzierung)
- **rechtliche** (legal) Due Diligence  
= Rechtsverhältnisse des Unternehmens (z.B. Lizenzen)

31.10.2017

75

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence - 4

- **steuerliche** (tax) Due D. = steuerliche Situation des Unternehmens
  - letzter Betriebsprüfungsbericht
- **Umwelt-** (environmental) Due D. - umweltrechtliche Situation des Unternehmens
  - bisherige Nutzung der Grundstücke unter besonderer Berücksichtigung früherer Industrieansiedlungen
  - Auflistung aller im Betrieb vorhandenen umweltgefährdenden Stoffe
  - Umweltschädigungen und deren Beseitigung unter Vorlage
    - **behördlicher** Verfügungen und Gutachten einschließlich etwaiger Umwelt-Audits, die bereits durchgeführt worden sind, und
    - des **betrieblichen** Umweltmanagement-Systems
- **personelle** (management) Due Diligence = Qualifikation der Führungskräfte
  - Arbeitnehmer einschließlich leitender Angestellter unter Angabe des Alters, des Eintrittsjahres, der Funktion und der Vergütung

31.10.2017

76

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence – 5

- **Versicherungs-** (insurance) Due Diligence = Risikoabsicherung des Unternehmens
- **Due Diligence zur Aufdeckung wirtschaftskrimineller und korrupter Strukturen** (integrity)
- Sonderfälle:
  - technische (technical) Due Diligence = z.B. Zustand der Anlagen
    - technisches Gutachten über Verwendbarkeit und Funktionstauglichkeit der Maschinen, Fahrzeuge, EDV und sonstiger Anlagen und Einrichtungen
  - geologische (geological) Due Diligence = z.B. Reserven eines Rohstoffunternehmens
- **Legal Due Diligence**
  - Informationen über das Zielunternehmen für den Erwerber
  - Aufdeckung der Risiken und Schwachstellen
  - Beweismittel über Zustand des Unternehmens
  - zur (mangelnden) Pflicht des RA Mietverträge auf Einhaltung des Schriftformerfordernisses zu überprüfen (LG Berlin vom 14.9.2012 - 2 O 540/11 - openjur)

31.10.2017

77

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence – 6

- **Vorbereitung einer Legal Due Diligence in der Regel mit Hilfe einer Checkliste**
  - Unternehmensstruktur (Satzung/HRA/Gesellschafterliste – Abtretungen und Verpfändungen)
    - Einzahlung auf Stammeinlagen/Gesellschaftervereinbarungen/ AR-, Vorstands-, HV-Protokolle
  - Gesellschaftsvermögen
    - Immobilien – GBA, Pläne, Kauf- bzw. Mietverträge
    - gewerbliche Schutzrechte (Patente, Marken, Warenzeichen, Lizenzverträge, AN-Erfindungen)
  - Jahresabschlüsse und Prüfungsberichte
  - Vertragsverhältnisse (Verpflichtungen/Geschäftsbeziehungen/Risikoabsicherung)
    - Kredite und deren Sicherung (Bürgschaft, Garantie, Grundschulden, Sicherungsabtretung); Sicherheiten für und von Dritten
    - Vereinbarungen mit wichtigen Kunden/Lieferanten/ Wettbewerbsbeschränkungen
    - Versicherungsverträge (Umweltrisiken!)

31.10.2017

78

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arten und Unterlagen der Due Diligence – 6

- Personalwesen  
(Liste AN; Verträge mit GF und Leitungsebene mit Gehalt und Kündigungsfrist)
  - Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen  
(inkl. Interessenausgleichs-/Sozialplanvereinbarungen, § 111 I 1 und 2 BetrVG),
  - Versorgungszusagen + Gutachten wg. Rückstellungen
- Öffentliches Recht/Umweltrecht
  - Genehmigung Betriebsanlage (z.B. BimSchG; Baugenehmigung; B-Plan)
- Prozessrisiken
  - Aufzistung aller schwebenden und drohenden Prozesse und behördlichen Untersuchungen und Verfahren
- Rechtsdokumente für umweltrechtliche Due Diligence (z.B. Genehmigung BImSchG)

#### ➤ Data Room:

- Datenräume mit sämtlichen relevanten Informationen (Daten, Unterlagen)
- Einrichtung durch Verkäufer
- Verhaltens- und Geheimhaltungsregelungen

31.10.2017

79

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due diligence – Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)

**Sachverhalt:** Der Mehrheitsgesellschafter (80%) M der A-GmbH, die Rehabilitationskliniken betreibt, will seine Geschäftsanteile wegen der sich in den letzten Geschäftsjahren anhäufenden Verluste, verkaufen. Konkurrenzunternehmen B-GmbH, will die Anteile nach kurzer Prüfung wegen der Verlustsituation zunächst nicht erwerben. Der M senkt daraufhin sein Verkaufsangebot um die Hälfte und die B-GmbH hat jetzt dann doch Interesse. Eine Due Diligence bei der A-GmbH ist durch den Geschäftsführer G der B-GmbH allerdings nicht geplant. Der bei der B-GmbH installierte Beirat bekommt von dem geplanten Erwerb jedoch „Wind“ und verlangt, dass der G eine Due Diligence durchführen lässt, was der G an die A-GmbH weitergibt. Der Minderheitsgesellschafter X in der A-GmbH wehrt sich gegen die Due Diligence, weil er den Verrat von Geschäftsgeheimnissen an die Konkurrenz wittert. Daraufhin entschließt sich G, nachdem der Verwaltungsleiter der A-Kliniken, der diese in den letzten Jahren verantwortlich gemanagt hat, ein „Kurzgutachten“ über die A-GmbH erstellt hatte, auch ohne diese Maßnahme zum Kauf der Mehrheitsbeteiligung an der A-GmbH. Der Beirat stimmte schlussendlich zu, wobei G diesen jedoch über die erste negative Einschätzung nicht informiert hatte. Die A-GmbH macht in der Folgezeit weiterhin Verluste. Der Beirat will nun wissen, ob die B-GmbH Ansprüche gegen G hat und ob X die Due Diligence bei der A-GmbH verhindern durfte. Wie ist die Rechtslage?

31.10.2017

80



## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**Due diligence – Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)**

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Vertretung der GmbH durch GV, § 46 Nr. 8 GmbHG (ggf. kraft Satzung durch Beirat)
- Obliegenheitsverletzung:
  - fehlerhafte Vorbereitung des Geschäftsanteilerwerbs (=Unternehmenskaufes)?
  - Klinikerwerb = typische unternehmerische Entscheidung, wobei der GF erheblichen Ermessensspielraum hat, der auch bewusstes Eingehen unternehmerischer Risiken mit der Gefahr von Fehlbeurteilungen einschließt (vgl. § 93 I 2 AktG). Die Grundlagen der unternehmerischen Entscheidung sind jedoch in geschäftsüblicher, sorgfältiger Weise aufzuklären (BGH NJW 2003, 358).
  - Die nachhaltige Verlustlage der Klinik (starke Abhängigkeit von Saisonbelegung; fehlende Eignung als AHB-Einrichtung – krankenversicherte Anschlussrehabilitation nach Krankenhausaufenthalt) hatten sich bis zur Kaufentscheidung nicht geändert. Kurzgutachten mit Wirtschaftlichkeitsberechnung wurde vom Klinikleiter erstellt, der die Verluste zu verantworten hatte und waren mit erster Einschätzung von G nicht in Einklang zu bringen.
  - G hätte externe Sachverständige hinzuziehen müssen.
  - Due Diligence ist gängige Praxis beim Unternehmenskauf und Pflicht des G jedenfalls dann, wenn das zu kaufende Unternehmen in Verlustsituation. => Obliegenheitsverletzung (+)

31.10.2017

81

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

**Due diligence–Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)**

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Kann sich G auf Weigerung des X zur Due Diligence berufen?
  - GF ist gegenüber der A-GmbH zur Geheimhaltung verpflichtet (vgl. § 93 I 3 AktG zur AG)
  - § 51 a I GmbHG
    - => umfassendes Informationsrecht des einzelnen Gesellschafters, also hier von M
      - aber § 51 a II GmbHG: gesellschaftsfremde Zwecke? Nein, vgl. § 15 I GmbHG
      - jedoch Treuepflicht, also keine Weitergabe der Info an Konkurrenten (OLG Köln-13.10.13; 18 W 66/13); ebenso bei Vinkulierung/ Wettbewerbsverbot in Satzung und Info vor Zustimmung der Mitgesellschafter
      - Lösung: Dispens davon durch GV, aber nur einstimmig! (LG Köln a.a.O. - str.: ¾)
      - Anspruch auf diesen Beschluss, wenn veräußernder Gesellschafter vorsorgt:
        - VertraulichkeitsV; Anonymisierung der Info; gestufte Info-Weitergabe (s.u.)
  - Ergebnis = Faktische unzulässige Vinkulierung der Anteile?
    - Nein: Einschaltung eines neutralen Wirtschaftsprüfers (WP), der alle Daten erhält und auswertet, jedoch nur das Ergebnis dem Käufer mitteilen darf. Aus der Sicht der B-GmbH hatte deren G auch diesen Versuch unterlassen
  - G kann sich auf berechtigte Weigerung des X jedoch nicht berufen: Entweder hätte er auf Verfahren der Due Diligence über WP bestehen oder, wenn auch dies verweigert worden wäre, vom Kauf Abstand nehmen müssen

31.10.2017

82

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Due diligence–Fall: (nach OLG Oldenburg NZG 2007, 434; LG Köln BB 2009, 186)**

§ 43 II iVm I GmbHG – Anspruch der B-GmbH auf SchE gegen G?

- Weitere Pflichtverletzung, dass G Beirat über erste Einschätzung nicht informierte?
  - §§ 52 I GmbHG; 90 IV AktG  
(unbedingte Offenheit hinsichtlich des für die Entscheidung Wesentlichen!)
  - Unterlassen kausal für Schaden?  
Ja, da bewertende Betrachtung und kein Empirie  
(=> das neuere Gutachten ist nicht automatisch das Bessere!)

31.10.2017

83

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence und Gewährleistung

- Käufer hat grob fahrlässige Unkenntnis bzgl. der Umstände, die er bei einer sorgfältigen Due Diligence hätte erfahren können, zu vertreten, **§ 442 I 2 BGB**
  - Maß seiner Sorgfalt bestimmt sich nach den Umständen (Geschäftsgewandtheit)
  - Zumindest, wenn Erkenntnisse über zu erwerbendes Unternehmen nicht ausreichend gesichert sind, ist umfassende due diligence durchzuführen (**OLG Oldenburg NZG 2007, 434**)
  - z.B.: Unsicherheiten bei betriebswirtschaftlichen Daten/Verlustphasen/negative Prognosen oder Kauf aus einer Insolvenz  
anders: bei Erwerb von Kleinunternehmen/freiberuflichen Praxen
- Grundlage von detaillierten Haftungs- und Gewährleistungsregelungen im Unternehmenskaufvertrag

31.10.2017

84

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken – 1 Geheimhaltungspflichten bei der GmbH

- GmbH-Geschäftsführer bedürfen für Informationsweitergabe an Dritte eines zustimmenden, einstimmigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung
- ggf. Weisung der Gesellschafterversammlung
- GmbH-Gesellschafter haben ggü. GmbH umfassendes Einsichtnahme- und Auskunftsrecht, § 51 a I GmbHG
  - Verweigerung der Einsichtnahme und Auskunft (vgl. § 51 a II GmbHG)
    - berechtigt bei geplanter Weitergabe an Konkurrenten
    - str. bei geplanter Weitergabe an sonstige Dritte
    - Informationsverweigerung bedarf eines Beschlusses der Gesellschafter (§ 51a II 2 GmbHG)
  - Erlangte Informationen müssen vertraulich behandelt werden, insbes. Weitergabe an Konkurrenten ist ohne Einverständnis der Mitgesellschafter verboten

31.10.2017

85

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken – 2 Geheimhaltungspflichten bei der GmbH

#### LG Köln vom 26.3.2008 (BB 2009, 186)

- Über die Gestattung einer Due Diligence entscheidet bei einer GmbH die Gesellschafterversammlung durch einstimmigen Beschluss
- Keine unbillige Benachteiligung, keine faktische Vinkulierung
- Weitergabe umfassender gesetzlicher Informationsrechte (§ 51 a GmbHG) durch Treuepflicht des Gesellschafters ggü. Gesellschaft und Gesellschaftern begrenzt
  - Insbesondere, wenn der Kaufinteressent ein Wettbewerber

Lösung: Due Diligence durch neutralen Wirtschaftsprüfer, der Daten auswertet und nur Ergebnis mitteilt

31.10.2017

86

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken – 3 Geheimhaltungspflichten bei der AG

- Geheimhaltungspflicht des Vorstandes gemäß § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG
  - Nicht gegenüber Aufsichtsrat, § 90 AktG
  - Nicht gegenüber WP, soweit § 320 I und II HGB reicht
  - Gegenüber Aktionär im Rahmen des § 131 AktG (vgl. dort III Nr. 1) bei Gleichbehandlung; Aktionäre haben – anders als GmbH-Gesellschafter (§ 51 a GmbHG) - kein umfassendes Einsichtnahme- und Auskunftsrecht, sondern nur Fragerecht auf der Hauptversammlung
  - Nicht gegenüber herrschendem Unternehmen, §§ 15, 17, 18, 311 AktG – einheitliche Leitung
- kein Weisungsrecht des Aufsichtsrates oder der Aktionäre
- Pflicht des Vorstandes, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen
  - Unternehmensverkauf kann im Interesse der Gesellschaft liegen
  - Aber nur bei Vertraulichkeitsvereinbarung und eindeutiger Vorteilhaftigkeit des UK's
  - Vorstandsbeschluss zwingend erforderlich
  - bei Börsennotierung Insiderregeln beachten (§ 14 I WpHG); nur bei außerbörslichen Erwerb ist Zulässigkeit der Due Diligence sowohl für Verkäufer wie für Käufer anerkannt
    - Arg.: Andernfalls wären Unternehmenskäufe nicht mehr durchführbar

31.10.2017

87

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 4 Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

- Grenzen der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten
  - §§ 1 I; 4 I BDSG: Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten verboten, soweit nicht gesetzlich oder durch Betroffenen erlaubt (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt)
  - hier:
    - Arbeitnehmerzustimmung unrealistisch, da UnternVK regelmäßig geheim
    - aber: § 28 I 1 Nr. 2 iVm II Nr. 1 BDSG => nur gestufte Info nach Verhandlungsfortschritt
    - sensible Daten nach § 3 IX BDSG (Gewerkschaftszugehörigkeit; Krankheiten) nur anonymisiert
    - nach Verkauf auch beim asset Deal wegen Betriebsübergang (§ 613 a BGB) zulässig
    - bei Verstoß gegen BDSG: keine Nichtigkeit des UnternK-Vertrages
    - aber: Bußgeld bis zu 300 T€

31.10.2017

88

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 5

#### Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

- Verkauf von Arzt-, Rechtsanwalts-, Steuerberatungspraxen
  - damit verbunden ist zwangsläufig Übergabe der Akten
- Themen
  - Übernahme des Mandatsverhältnisses = Vertragsübernahme (§§ 414 ff BGB analog) => Zustimmung Mandant **zwingend**
    - => bei fehlender Zustimmung Nichtigkeit des Praxiskaufvertrages nach § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB
  - Abtretung nur der Honorarforderung nach § 398 BGB
    - hier Probleme:
      - Selbstbestimmungsrecht der Mandanten und Patienten
      - berufsrechtliche Geheimhaltungspflichten
    - Lösung: Zustimmung aller betroffenen Mandanten oder Patienten zur Abtretung

31.10.2017

89

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 6

#### Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

#### Rechtsfolgen fehlender Zustimmung zur Datenweitergabe

- BGH NJW 1995, 2026 (Rechtsanwaltskanzlei);
- BGH NJW 1996, 2087 (Steuerberaterpraxis): Unternehmenskaufvertrag nichtig
- BGH NJW 1992, 737 (Arztpraxis): Verpflichtung zur Aktenübergabe nichtig

#### Abtretung ärztlicher oder anwaltlicher Honorarforderungen

- BGH NJW 1992, 2348: Abtretung ohne Zustimmung der Mandanten oder Patienten unwirksam
  - Arg.: Recht auf informationelle Selbstbestimmung Art. 2 I; 1 I GG
  - § 402 BGB => Offenbarungspflicht => Verstoß gegen § 203 I Nr. 1 od. 3 StGB => § 134 BGB
- Heute für RAe: BGH NJW 2007, 1196: Abtretung anwaltlicher Forderungen an Rechtsanwalt ohne Zustimmung des Mandanten wirksam (arg.: § 49 b BRAO)

31.10.2017

90

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Due Diligence – Rechtliche Schranken - 7 Geheimhaltungspflichten wegen datenschutzrechtlicher Bestimmungen

#### § 49 b Abs. (4) BRAO:

Die Abtretung von Vergütungsforderungen oder die Übertragung ihrer Einziehung an Rechtsanwälte oder rechtsanwaltliche Berufsausübungsgemeinschaften ist zulässig. Im Übrigen sind Abtretung oder Übertragung nur zulässig, wenn eine ausdrückliche, schriftliche Einwilligung des Mandanten vorliegt oder die Forderung rechtskräftig festgestellt ist. Vor der Einwilligung ist der Mandant über die Informationspflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem neuen Gläubiger oder Einziehungsermächtigten aufzuklären. Der neue Gläubiger oder Einziehungsermächtigte ist in gleicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet wie der beauftragte Rechtsanwalt.

- ➔ Erlaubnisnorm iSd § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) = Rechtfertigungstatbestand, da Verschwiegenheitspflicht des Zessionars
- ➔ Unterschiedliche Behandlung von Ärzten und Rechtsanwälten kein Verstoß gegen Art. 3 GG, denn Gesundheit betrifft Intimsphäre (=Arzt), während Rechtsanwaltsmandate nur wirtschaftliche Interessen betreffen (typisierende Betrachtung ist ausreichend für Differenzierungsgrund nach Art. 3 GG)

31.10.2017

91

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Unternehmensbewertung

#### Verfahren

- Substanzwert
- Ertragswert
- Discounted Cash Flow („DCF“)
- Kombination aus Substanzwert und Ertragswert
- Umsatzverfahren (Freiberufler-Kanzleien)
- DCF- Verfahren hat sich durchgesetzt („Equity“ bzw. „Entity“ – Methode)

#### Kennzahlen

- Unternehmenskennzahlen
- Rentabilitätskennzahlen für Investor (ROE, P/E etc. )
- Finanzkennzahlen für Bank (EBITDA./Senior Debt; EBITDA./Total Debt)

**Vorlesung befasst sich damit nicht vertieft (vgl. Kaufpreisregelungen)**

31.10.2017

92

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsverhandlungen

- **Einzelverhandlungen** (herkömmliches Verfahren)
- **Auktion beschränktes** Bieterverfahren (limitierte Auktion)
- **offenes** Bieterverfahren (unbegrenzte Auktion)
  - die Konkurrenz mehrerer Kaufinteressenten kann die Kaufpreisbildung oft mehr beeinflussen, als die Erkenntnisse einer vorangegangenen Unternehmensbewertung
  - ökonomische Auktionstheorie!
- **öffentliche Übernahme**
  - Verfahren geregelt durch **WpÜG** (öffentliches Übernahmeangebot)

31.10.2017

93

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Closing

- nach dem Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages liegender tatsächlicher Vollzug der Unternehmensübergabe
- einheitlicher Stichtag empfehlenswert (vgl. nachfolgend „Inhalt“)
- Inhalt:
  - Übergaben/Besitzwechsel (z.B. auch Übergabe von Geschäftsunterlagen)
  - Dinglicher Vollzug
    - Übereignung bzw. Abtretung der Wirtschaftsgüter (sog. assets) einschl. Besitzverschaffung beim asset deal
    - Abtretung der verkauften Gesellschaftsanteile beim share deal
  - Abwicklung der Zug-um-Zug-Verpflichtungen
  - Feststellung von Bilanzen und Zwischenprüfungsergebnissen
  - Kaufpreiszahlung

31.10.2017

94

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Closing

- Vornahme von Anmeldungen und Anzeigen
  - Anmeldung zum Handelsregister (z.B. Geschäftsführerwechsel)
  - Gesellschafterliste gem. §§ 16, 40 GmbHG
  - aktienrechtliche Mitteilungspflichten, z.B. gem. §§ 20 f. AktG
  - § 138 AO (Steuerliche Anzeige der Erwerbstätigkeit/Gewerbeanmeldung)
  - § 19 GrEStG (Anzeige an das Finanzamt - Grunderwerbsteuerstelle)
  
- Closing bestätigt den Eintritt von im Kaufvertrag genannten Vollzugsbedingungen:
  - kartellrechtliche Freigabe,
  - Erteilung von erforderlichen Zustimmungen (z.B. Aufsichtsrat)

31.10.2017

95

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



„Beim **Closing\*** geben die Parteien die folgenden Erklärungen ab und nehmen die folgenden Handlungen vor:

**1. Vollzugsbedingungen:** Der Verkäufer und der Käufer sind sich einig und bestätigen, dass die in dem Kaufvertrag genannten Vollzugsbedingungen erfüllt sind:

**1.1** die Kartellfreigaben liegen vollständig vor, wobei Kopien der entsprechenden Genehmigungen in der Anlage beigefügt sind, und weitere Kartellfreigaben sind nach übereinstimmender Auffassung von Verkäufer und Käufer vor dem Vollzug des Kaufvertrages nicht erforderlich;

**1.2** der Verkäufer bestätigt, dass die Aufsichtsräte des Verkäufers und ihrer Muttergesellschaft dem Kaufvertrag zugestimmt haben;

**1.3** der Verkäufer und der Käufer bestätigen, dass Ihnen keine Tatsachen bekannt sind, die zu einer wesentlichen nachteiligen Veränderung im Sinne des Kaufvertrages führen.

**2. Bestätigung bestimmter Garantien des Verkäufers zum Vollzugszeitpunkt:**

Der Verkäufer bestätigt dem Käufer in der als Anlage beigefügten Erklärung, dass die in § 6 des Kaufvertrages enthaltenen Garantien am heutigen Tag noch zutreffend sind, mit Ausnahme der in der Anlage zu der Erklärung beschriebenen, seit dem Datum des Kaufvertrages bekannt gewordenen Sachverhalte (wobei eine etwaige Haftung des Verkäufers aufgrund des Kaufvertrages aus diesen Sachverhalten trotz dieser Offenlegung unberührt bleibt).

**3. Übertragungsverträge:**

**3.1** Verkäufer und Käufer schließen ein Übertragung- und Übernahmevertrag über die verkauften beweglichen Wirtschaftsgüter und die von dem Käufer zu übernehmenden Verträge und Verbindlichkeiten gemäß Anlage ab. Sie unterzeichnen außerdem eine in Kopie als Anlage beigefügte Anweisung an den Notar im Hinblick auf die bereits im Kaufvertrag erklärte Auffassung die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu veranlassen.

96

\* Muster aus Beck'sches Formularbuch BGB



HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

### Ablauf eines Unternehmenskaufs

**3.2** der Verkäufer und der Käufer schließen einen notariellen Abtretungsvertrag über die Anteile an der Z GmbH (Anlage). Der Notar wird gemäß Schreiben (Anlage) angewiesen, die neue Gesellschafterliste zum HR einzureichen (§§ 16, 40 GmbHG).

**3.3** der Verkäufer und der Käufer unterzeichnen ein „stock transfer form“ über die Beteiligung an der X Inc. (Anlage).

**3.4** Verkäufer und Käufer nehmen Bezug auf einen vor dem Notar am heutigen Tag geschlossenen, in Kopie als Anlage beigefügten Anteilskauf und Übertragungsvertrag über die Anteile der Verkäufer Y Limited, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht. Sie weisen - mit Eingang der Kaufpreiszahlung gemäß Ziff. 4 unten - diese Gesellschaft mit dem in Kopie als Anlage beigefügten Schreiben an, die Anteilsübertragung in das Anteilsregister einzutragen.

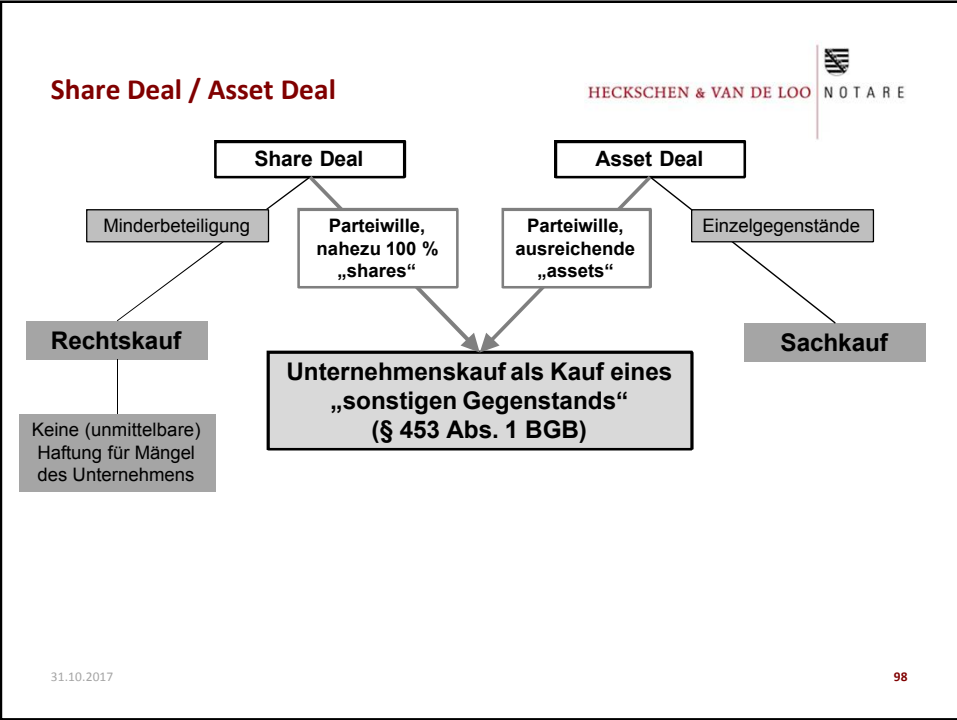
**4. Kaufpreis:** Der Käufer zahlt an den Verkäufer den vorläufigen Kaufpreis gemäß § 7 des Kaufvertrages durch Überweisung auf das Konto des Verkäufers mit Wertstellung zum heutigen Tag. Der Verkäufer bestätigt hiermit den Erhalt dieses Betrages.

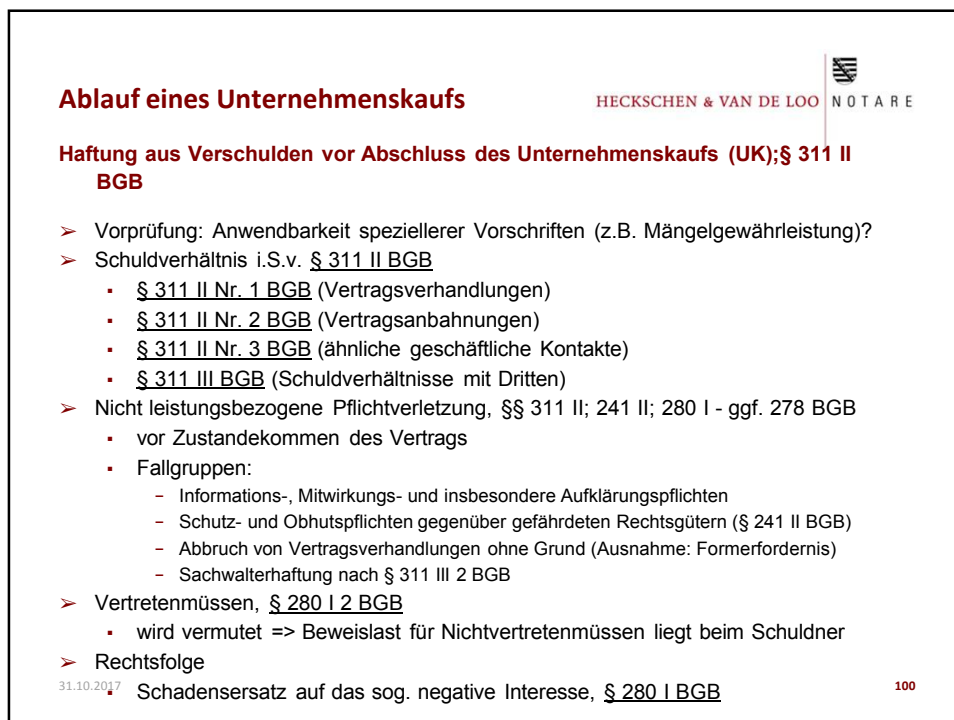
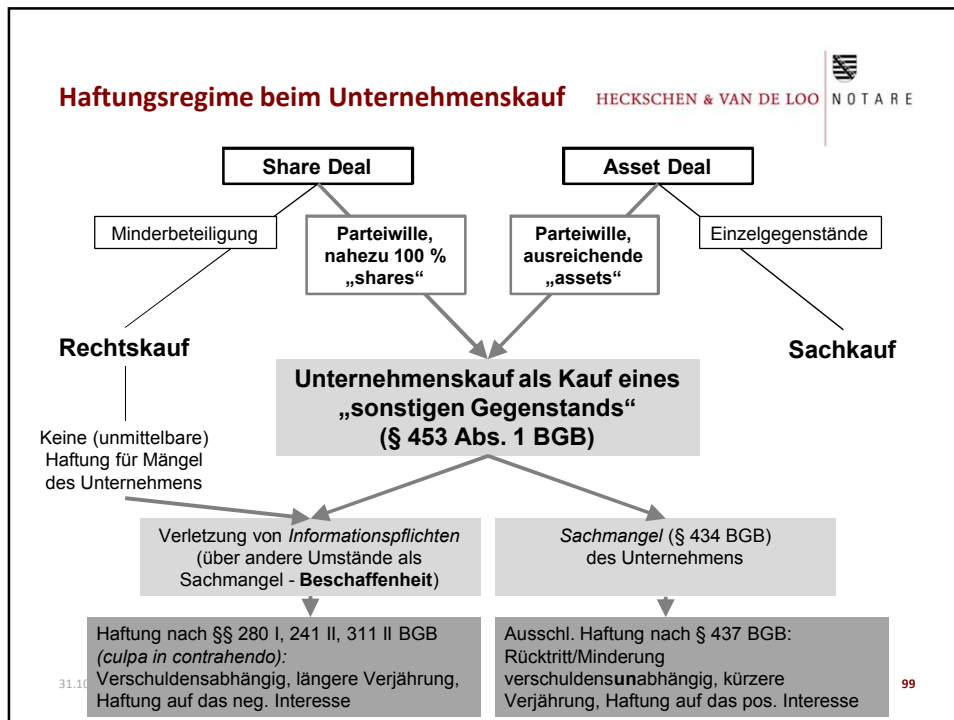
**5. Freigabe von Sicherheiten:** Der Verkäufer übergibt dem Käufer die in Kopie als Anlage beigefügten Freigabeerklärungen der jeweiligen Kreditgeber für die nachfolgend genannten Sicherheiten: z.B.: Löschungsbewilligung für Grundschuld; Aufhebungsvertrag mit der Bank hinsichtlich der Verpfändung des verkauften Geschäftsanteils

**6. Amtsniederlegung:** Der Verkäufer übergibt dem Käufer die in Kopie als Anlage beigefügten, zum heutigen Tag wirksam Amtsniederlegungsschreiben der Herren ..., Mitglieder der Geschäftsführung der Z-GmbH. Der Notar wird mit Schreiben (Anlage) angewiesen, die entsprechenden bereits unterzeichneten Handelsregisteranmeldungen zum Gericht einzureichen.

**7. Servicevertrag:** Der Verkäufer einerseits und der Käufer und die Z GmbH andererseits schließen einen Servicevertrag über EDV Dienstleistungen gemäß Anlage.“

97





## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftung aus Verschulden vor Abschluss des Unternehmenskaufs (UK)

- Ansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c., § 311 Abs. 2, 3 BGB)
  - können selbst bei Vereinbarungen ohne Bindungswirkung ausgelöst werden (vgl.: § 311 II Nr. 2 BGB!)
  - bei Formbedürftigkeit des Unternehmenskaufs, z.B. gem. § 15 Abs. 4 GmbHG, i.d.R. nur bei Schädigungsvorsatz
  - können ausdrücklich ausgeschlossen werden; Haftung kann aber auch klargestellt oder verschärft werden.
  - Verletzung von Aufklärungspflichten stellt Hauptanwendungsfall der c.i.c. dar.
  - Verjährung:
    - c.i.c.: 3 Jahre ab Fälligkeit und Kenntnis (§§ 194 I, 195 BGB)
    - Gewährleistungsansprüche: 2 Jahre (§ 438 I Nr. 3 BGB)
    - Bei für das Unternehmen funktionsrelevanten einzelnen Vermögensgegenständen greift ggf. aber die lange Verjährung nach § 438 I Nr. 1 – 30 Jahre – oder Nr. 2 – 5 Jahre
- c.i.c. – Ansprüche sind in der Praxis des UK sehr wichtig!
- *Im UK-Vertrag sollte über etwaige Ansprüche aus der Zeit im Vorfeld des Vertragsschlusses eine abschließende Regelung getroffen werden.*

31.10.2017

101

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

K kauft im Herbst 2000 von V zum Nennwert eine 40%ige Beteiligung an der mit 50T€ ausgestatteten BKD GmbH, an der auch der Bruder B des V, der zugleich Steuerberater der BKD ist, beteiligt war. Die Vertragsverhandlungen mit K überließ V dem B (Steuerberater) wegen dessen Sachkompetenz. V war Hauptgeschäftsführer der GmbH. Die wirtschaftliche Situation der BKD war angespannt.

Neben dem Kauf gab der K der BKD ein Darlehen von 100 T€ und übernahm eine Erfüllungsgarantie in Höhe von 50 T€ gegenüber dem Lieferanten L der BKD. Im Juni 2001 meldet die BKD Insolvenz an. Kurz danach ficht der K den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an, fordert dessen Rückabwicklung und Schadensersatz für Darlehen, Garantie und Anwaltskosten (ca. 200 T €). V und auch B hätten ihn über die wahre wirtschaftliche Situation der BKD im Unklaren gelassen.

Hat K Ansprüche gegen V und/oder B?

31.10.2017

102

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

#### 1. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 II; 241 II gegen V?

##### 1.1. c.i.c. anwendbar?

Grundsatz: Beim Unternehmenskauf gehen die Sachmängelvorschriften der §§ 434 ff der c.i.c. vor. D.h. auch häufig der vertragliche Gewährleistungsausschluss!

Ausnahme: vorsätzliche (=arglistige) Verletzung vorvertraglicher Pflichten oder bei solchen Falschangaben, die sich *nicht auf eine Beschaffenheit* des Unternehmens beziehen (z.B. falsche Angaben zu *kurzfristigen* Umsatz- und Ertragsaussichten – nicht mehr als 3 Jahre) arg.: Verkäufer nicht schutzwürdig.

Liegt Unternehmenskauf vor? Nein: hier nur Rechtskauf (40% der Anteile).

=> c.i.c. ist anwendbar.

Exkurs: *Bei Kauf von Sachgesamtheiten liegt dann nicht nur ein Kauf von einzelnen Wirtschaftsgütern –sondern Unternehmenskauf - vor, wenn ein Inbegriff von Sachen, Rechten und sonstigen Vermögensgegenständen übertragen werden soll und der Käufer dadurch in die Lage versetzt wird, das Unternehmen als solches weiterzuführen (asset deal; wirtschaftliche Gesamtbetrachtung).*

31.10.2017

103

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

#### 1. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 II, 241 II gegen V?

##### 1.2. § 311 II Nr. 1: Aufnahme von Vertragsverhandlungen (+)

§ 311 II Nr. 2: Vertragsanbahnung mit Möglichkeit zur Einwirkung auf Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des anderen Teils (Due Diligence!!)

§ 241 II: Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils

BGH: Pflicht jeden Vertragspartners, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck des anderen vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern dieser einen Hinweis erwarten darf. Kaufinteressent kann sich Bild vom Unternehmen nur an Hand von Bilanzen, BWA, Buchführungsunterlagen und Auskünften des Inhabers machen. Bewertung des Kaufobjekts für Käufer erschwert und dieser daher besonders abhängig von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vor allem zu Umsatz- und Ertragslage. Die weitreichenden wirtschaftlichen Folgen für den Käufer legen Verkäufer auch ungefragt (!) gesteigerte Aufklärungspflicht auf hinsichtlich aller Umstände, die die Überlebensfähigkeit des Unternehmens ernsthaft gefährden, wie Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit.

Hier: V muss sich falsche Aussagen des B, der die Verkaufsverhandlungen für V geführt hat, nach § 278 zurechnen lassen.

31.10.2017

104

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall – Haftung aus c.i.c. (BGH WM 2001, 1118; BGH NJW 1999, 1404)

#### 1. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 II, 241 II gegen V?

1.3 Kausalität? Hier: Umkehr der Beweislast. Derjenige, der Pflichten aus c.i.c. verletzt, muss beweisen, dass der Käufer auch bei Kenntnis von der wahren wirtschaftlichen Situation der GmbH die Anteile gekauft hätte.

1.4. Verschulden: wird vermutet, § 280 I 2; ggf. Mitverschulden nach §§ 254; 278 (z.B. weil GF/Vorstand des Käufers keine Due Diligence durchgeführt hat).

1.5. Rechtsfolgen: Schadensersatz, der „Enttäuschte“ ist so zu stellen, wie er bei richtiger Offenbarung der Umstände stünde (sog. „negatives Interesse“ - Vertrauensschaden).

=> K kann am Vertrag festhalten und zusätzlich Schadensersatz verlangen oder Kaufvertrag anfechten und damit rückgängig machen und Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die ihm ursächlich mit dem Kauf der Anteile entstanden sind.  
*hier:* Kaufpreis, Darlehn, Garantie und Anwaltskosten sind zu ersetzen.

#### 2. Anspruch aus c.i.c. gemäß §§ 311 III, 241 II gegen B?

§ 311 III: Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 II kann auch zu Personen entstehen, die nicht Vertragspartei sind, insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen („VV“) oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst (sog. „Sachwalter“-Haftung).

*Hier:* VV führte B, Sachkunde als langjähriger Steuerberater/ ehemaliger Gesellschafter.

31.10.2017=>c.i.c.-Haftung des B (+)

105

## Ablauf eines Unternehmenskaufs

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Konkrete Vorbereitung des Unternehmenskaufvertrages

- Unternehmen = Gesamtheit von Sachen und Rechten
- Für Käufer ist nicht der Erwerb bestimmter Einzelgegenstände entscheidend, sondern die Erzielung bestimmter Gewinne. Hierfür zahlt er den Kaufpreis.
- Für Vertragsgestaltung ist ausschlaggebend, welchen Faktoren der Käufer beim Erwerb des Zielunternehmens die entscheidende Bedeutung beimisst.

Solche Faktoren können sein:

- Verwertbarkeit von Lizenzen
- Mietverträge
- Wettbewerbsverbot
- Fortbestand wichtiger Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnisse



Häufig macht Käufer zunächst einen Vorschlag zum Inhalt des Vertrages.

31.10.2017

106

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Überblick

Vergleich Asset-Deal/Share-Deal  
 Vertragsbeteiligte  
 Kaufgegenstand  
 Übertragungstichtag/Bilanzen  
 Kaufpreis  
 Haftungsrisiken  
 Gewährleistung  
 Abwicklung und Wettbewerbsverbot  
 Ergänzende Hinweise

31.10.2017

107

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vergleich asset deal / share deal

- Vorteile Unternehmenskauf (asset deal) - §§ 453 I 2. Alt., 433 BGB
  - Selektion beim Erwerb von Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten
  - => Asset deal regelmäßig beim Verkauf aus der Insolvenz
  - Ausnahme: zunächst asset deal mit Auffanggesellschaft und dann share deal
  - Allerdings: §§ 25 HGB und § 613 a BGB => Haftungsrisiken
  
- Vorteile Beteiligungskauf (share deal) – §§ 453, 433; 398; 413 BGB; 15 I GmbHG
  - Einfachere Dokumentation und Übertragung, da „Gesamtrechtsnachfolge“
  - Kein Einfluss auf wichtige Verträge mit dem Rechtsträger des Unternehmens
    - Ausnahme: bei sog. „change of control – Klauseln“
  - Inhaberbezogene Genehmigungen bleiben erhalten
  - Nicht möglich bei Einzelunternehmen und öffentlicher Hand
    - Dann vorab Ausgliederung oder Sachgründung erforderlich

➤ 31.10.2017

Share Deal in der Praxis häufigste Erscheinungsform des UK

108



## Überblick Vertragsbeteiligte

### Besonderheiten bei der Beteiligung von Gesellschaften

#### Mehrheit von Personen auf einer Vertragsseite

#### Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

#### Zustimmung Dritter

31.10.2017

109



### Vertragsbeteiligte: Besonderheiten bei der Beteiligung von Gesellschaften

- Vertretungsbefugnis prüfen
  - Besteht evtl. ein Vertretungsverbot gem. § 181 BGB, bei einer AG ggf. auch nach § 112 AktG? (Beispiel: Verkauf im Konzern)
  - Einsicht in betreffendes Register nehmen
  - Bestehen Zustimmungsvorbehalte (Satzung!) zugunsten weitere Organe? (z.B. AR, HV, GV)
- Tritt eine sog. „Vorratsgesellschaft“ als Erwerber auf,
  - sind Grundsätze der wirtschaftlichen Neugründung zu beachten.  
=> UKV erst nach elektronischer HRA der Veränderungen abschließen!
    - Andernfalls droht Unterbilanzhaftung des Veräußerers bis zum Stichtag der Offenlegung
  - kann erforderliche Beschlussfassung durch GV der Vorrats-GmbH erst nach Eintragung der neuen Gesellschafter in die beim Handelsregister geführte Gesellschafterliste erfolgen. Ausnahme: § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

31.10.2017

110

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Besonderheiten bei der Beteiligung von Gesellschaften

- droht Haftung nach den Grundsätzen der verschleierte Sachgründung, wenn an Erwerber-GmbH ganz oder überwiegend die gleichen Personen beteiligt sind wie an Veräußerer-Gesellschaft.
- Jedenfalls dann, wenn die Kaufpreiszahlung an den Veräußerer auch aus Mitteln geschieht, die dem Stammkapital der Vorratsgesellschaft (=Erwerber) entnommen werden. Darin liegt Rückzahlung des Stammkapitals an die Veräußerer, die zugleich Gesellschafter der Vorratsgesellschaft sind, und verdeckte Sacheinlage des gekauften Unternehmens.  
(§§ 19 I GmbHG; 362 BGB ? Nein: 19 IV GmbHG)
- Siehe auch BGHZ 165, 352
- Tritt eine Aktiengesellschaft in den ersten beiden Jahren nach ihrer Gründung als Erwerber auf, sind die Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG zu beachten.
- Zum Verhältnis von § 52 AktG zur verschleierte Sachgründung:  
BGH DStR 2008, 1052 („Rheinmöve“)

31.10.2017

111

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Mehrheit von Personen auf einer Vertragsseite

- Regelung der gemeinsamen Gläubiger- und Schuldnerstellung
  - §§ 420, 421, 427, 428, 431, 432 BGB  
(Unternehmen = unteilbare Leistung; Kaufpreis = teilbare Leistung)
- Gründerwerbsteuerlich bietet die Einschaltung eines weiteren Käufers u.U. die Möglichkeit, bei einem share deal eine Anteilsveräußerung nach § 1 Abs. 3 GrEStG – Anteilsvereinigung in der Hand des Erwerbers, die zur Grunderwerbsteuer führt - zu vermeiden.
  - Kapitalgesellschaft: unmittelbar oder mittelbar 95% Beteiligung oder mehr
  - Personengesellschaft: 95% oder mehr Anteilsveränderung innerhalb von 5 Jahren (§ 1 Abs. (2a) GrErwStG)
- Gestaltung?  
Käufer erwirbt zunächst Grundstück von der GmbH. Danach Erwerb aller Geschäftsanteile an der GmbH und sodann Rückgängigmachung des Kaufvertrages mit Aufhebung GrErwSt nach § 16 GrErwStG. Wohl § 42 AO-Fall.

31.10.2017

112



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

- Weitere Beteiligte können bei Asset- bzw. Share-Deal sein:
  - Gesellschafter der Ziel-GmbH
  - Geschäftsführer der Ziel-GmbH
  - Ziel-GmbH selbst
- Bestimmte nahestehende Vertragspartner der Ziel-GmbH
  - Mietvertrag über Geschäftsgrundstück mit Gesellschafter/dessen Ehefrau
  - Darlehensvertrag zwischen Ziel-GmbH und Gesellschafter
  - Sicherheiten der Gesellschafter für Darlehen von Banken an die Ziel-GmbH

31.10.2017

113

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

- **asset deal**
  - Behält Verkäufer-Gesellschaft kein wesentliches Vermögen zurück oder wird sie nach dem Unternehmenskauf liquidiert, kann Käufer bis dahin nicht erfüllte Verpflichtungen (z.B. aus Gewährleistung) kaum noch durchsetzen.
    - Aus Käufersicht empfiehlt sich daher die Einbeziehung der Gesellschafter als Garanten.
    - Alternative: Stellung von Bürgschaften oder anderen Sicherheiten
    - Aus Verkäufersicht kann Ausschluss der Haftung der Gesellschafter, z.B. der Konzernmutter, ratsam sein.
  - Einbeziehung der bisherigen Geschäftsführungsorgane denkbar
    - Mithaftung, z.B. für Gewährleistungsgarantien
    - Umgekehrt ist auch Haftungsfreistellung möglich, z.B. von Ansprüchen aus c.i.c.

31.10.2017

114

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

- **share deal**, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen
  - Einbeziehung der GmbH sollte zumindest insoweit **nicht** erfolgen, als daraus Verstöße gegen die Kapitalerhaltungspflicht (§§ 30, 31 GmbHG) resultieren. Dies betrifft z.B.
    - Übernahme von Kosten, die wirtschaftlich dem veräußernden oder erwerbenden Gesellschafter zuzuordnen sind.
    - Übernahme von Verpflichtungen durch die Ziel-GmbH im Interesse des Verkäufers.
  - Einsatz des Vermögens der Zielgesellschaft zur Kaufpreisfinanzierung?
    - a) Schranke aus §§ 30 f. GmbHG: Unzulässige Rückgewähr, wenn
      - Rückgriffsanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter ist im Falle einer Inanspruchnahme der von der GmbH für die Finanzierung des Kaufpreises der Käufer-Bank gestellten Sicherheiten nicht vollwertig **und**
      - gestellte Sicherheit begründet im Falle ihrer Inanspruchnahme eine Unterbilanz
    - b) Schranke aus § 43 a GmbHG, wenn Erwerber zugleich GF der Zielgesellschaft
    - d) vgl. Fall BGHZ 173, 1 ff. (Slide 210)

31.10.2017

115

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

- **share deal**, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen
  - Gesellschafter-GF scheidet im Zuge des Unternehmensverkaufs als GF aus => Haftung für Pflichtverletzungen ggüB GmbH (zB § 43 GmbHG) besteht fort
  - Sollen mit Ausnahme der vertraglich festgelegten Gewährleistungsgarantien Ansprüche gegen den Verkäufer so weit wie möglich ausgeschlossen sein, sollten Ansprüche der GmbH vertraglich abbedungen bzw. zu Lasten Käufer eine Freistellungsverpflichtung vorgesehen werden.
  - Achtung bei zwischen der Zielgesellschaft und dem veräußernden Gesellschafter (bzw. ihm nahestehenden Personen) bestehenden Verträgen:
    - Ist Fortbestand dieser Verträge für Erwerber wichtig, Fortführung vereinbaren! (z.B. Mietvertrag über betriebsnotwendiges Grundstück)
    - Im Übrigen sollten diese Verträge aufgehoben werden.

31.10.2017

116

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligten in den Unternehmenskauf

> **share deal**, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen

- Gesellschafterdarlehen sollten nicht zurückgezahlt werden, sondern:
  - sind vom Erwerber zu übernehmen.
  - ggf. Verzicht des Verkäufers auf die Forderung vor dem Anteilskauf
- Arg.: Insolvenzanfechtung nach § 135 I Nr. 2 InsO der **Rückzahlung** des Gesellschafterdarlehens i.S.d. § 39 I Nr. 5 InsO, wenn diese im letzten Jahr vor Antrag auf Eröffnung der Insolvenz erfolgt  
 Rechtsfolgen: § 143 InsO  
 => - Rückgewähr des Darlehens in Insolvenzmasse  
 - Nachrangige Insolvenzforderung des Gesellschafters an die Masse

- **BGH v. 21.02.2013 - IX ZR 32/12**

31.10.2017

117

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte: Einbeziehung weiterer Beteiligten in den Unternehmenskauf

#### Sachverhalt: (nach BGH v. 21.02.2013 - IX ZR 32/12 - ZIP 2013, 582)

A ist Alleingesellschafter der B-GmbH. Er gewährte der späteren Insolvenzschuldnerin (=B-GmbH) ungefähr elf Monate vor Insolvenzantragstellung ein Darlehen über 500.000 Euro. A verkauft diese Forderung etwa sechs Monate vor Antragstellung unter gleichzeitiger Abtretung und unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung zu einem Kaufpreis von 375.000 Euro an C. Die B-GmbH und spätere Insolvenzschuldnerin beglich vier Monate vor Antragstellung den fälligen Darlehensbetrag einschließlich Zinsen an den C als Zessionar.

Nunmehr fordert der Insolvenzverwalter als Kläger nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO von A die Rückzahlung des Darlehensbetrages. Zu Recht?

31.10.2017

118

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:** Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

Rückzahlungsanspruch nach  
§§ 143 I; 135 I Nr. 2; 39 I Nr. 5 InsO; 819 I; 818 IV; 292; 989 BGB?

**BGH:**

- Das Gesellschafterdarlehen unterliegt nach **§ 30 I 3 GmbHG** nicht dem Verbot der Aus-/Rückzahlung => keine Haftung GF oder Mitgesellschafter
- Das Gesellschafterdarlehen verliert seinen **Nachrang gemäß § 39 I Nr. 5 InsO** nicht durch Abtretung an einen Dritten (§ 404 BGB), sondern erst nach 1-Jahres-Frist (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO)
- Legitimationsgrundlage für die Anfechtbarkeit ist die **Finanzierungsfolgenverantwortung** des Gesellschafters.
- Bei Abtretung eines Gesellschafterdarlehens unterliegt neben **dem Zessionar auch der Gesellschafter selbst der Anfechtung**.  
Im Rahmen von § 135 I 2 InsO werden auch alle **Umgehungstatbestände erfasst** - wirtschaftliche Betrachtungsweise

31.10.2017

119

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:** Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

**Fragen:**

- Ist die Entscheidung des BGH mit der Folge der Haftungserstreckung aus Insolvenzanfechtung auf den Zedenten, auch im Falle des Unternehmensverkaufs unter zeitgleichem Verkauf des Gesellschafterdarlehen anwendbar?
  - Der Gedanke der Finanzierungsfolgenverantwortung greift gerade nicht, da der Käufer in die Pflichtenstellung des Verkäufers einrückt
  - Auch kein Unterlaufen der Finanzierungsfolgenverantwortung durch Auseinanderfallen der Gesellschafter- und Darlehensgläubigerrolle
  - Im Fall des BGH (Zessionar hatte Sitz in der Karibik) wohl Mißbrauch!
- Jedoch Rechtsunsicherheit in der Praxis des Unternehmenskaufs bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage

31.10.2017

120

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:** Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

### Gestaltungsempfehlung:

- **Abtretungslösung** modifiziert mit 1-jähriger Rückzahlungssperre und Freistellungshaftung des Käufers und Besicherung dieser durch Bürgschaft oder Patronatserklärung bzw. Einzahlung des Haftungsbetrages auf Treuhandkonto
- **Einbringungslösung:** Vor Unternehmensverkauf Einlage der Darlehensrückzahlungsforderung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft im Wege der Forderungsabtretung an die Gesellschaft  
=> Eigenkapitalerhöhung, entsprechend höherer Kaufpreis beim Unternehmensverkauf
  - Nachteil: Ausschüttung des ursprünglichen Darlehensbetrages nur noch im Wege der Gewinnausschüttung => Steuerbelastung

31.10.2017

121

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:** Einbeziehung weiterer Beteiligter in den Unternehmenskauf

- **share deal**, insbesondere beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen
  - Sicherheiten, die für Darlehen Dritter an die Gesellschaft vom Verkäufer/ Gesellschafter gestellt wurden, sollten vom Erwerber abgelöst werden  
Arg.: Insolvenzanfechtung bei Gter Sicherheit für Drittgläubigerforderung, die im letzten Jahr vor InsO-Eröffnungsantrag befriedigt wird (§§ 135 II InsO)
  - Rechtsfolgen - § 143 III InsO: Frei gewordener Gesellschafter muss
    - das an den Drittgläubiger zurückgezahlte Darlehen der Gesellschaft im Wert der Sicherheit zur Verfügung stellen oder
    - die Sicherheit der Gesellschaft (=Insolvenzmasse) zur Verfügung stellen und
    - hat selbst nur eine Insolvenzforderung; ggf. bei Unterscheidbarkeit oder Bereicherung der Masse => Masseforderung auf Rückgabe der Sicherheit (vgl. § 144 I und II InsO)
  - Ist Gesellschafter Eigentümer von Gegenständen, welche die Gesellschaft nutzt, ist Erwerb dieser Gegenstände in den Unternehmenskauf mit einzubeziehen
    - Bsp.: Ist einer GmbH ein betriebsnotwendiges Grundstück zur Nutzung überlassen, kann langfristiger Mietvertrag abgeschlossen werden oder Grundstück vom Gesellschafter mit angekauft werden..

31.10.2017

122

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte:

### Zustimmung Dritter

- Aktien: grundsätzlich ohne Zustimmung Dritter übertragbar
  - Vinkulierung von Namensaktien möglich, § 68 Abs. 2 AktG
- GmbH-Anteile:
  - Beschränkung der Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung im Gesellschaftsvertrag (§ 15 V GmbHG)
  - Zustimmungserfordernis möglich
- Anteile an Personengesellschaften (GbR/OHG/KG)
  - Übertragung nur mit genereller oder im Einzelfall erteilter Zustimmung der anderen Gesellschafter (§§ 719 I BGB, 105 II; 161 II HGB)
  - Zustimmung kann bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sein
  - Gesellschaftsvertrag kann Modalitäten wie z.B. Mehrheitserfordernisse regeln

31.10.2017

123

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte:

### Zustimmung Dritter

- Verkauf der Beteiligung an einer Gesellschaft, an der stille Ges. besteht:
  - Für Veräußerung Zustimmung des stillen Gesellschafters nur *im Innenverhältnis* erforderlich
- Vorkaufsrechte von Mitgesellschaftern
  - Vorsorgliche Regelungen im Verpflichtungsvertrag ratsam, z.B. auflösende Bedingung für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes

31.10.2017

124

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte:

### Zustimmung Dritter

- Zustimmung der Hauptversammlung nach § 179a AktG erforderlich, wenn
  - Veräußerer eine AG oder KGaA
  - das zu übertragende Unternehmen das gesamte o. wesentliche Vermögen der Gesellschaft darstellt; Keine Vermögensübertragung nach § 179a, „wenn Gesellschaft mit zurückbehaltenem Betriebsvermögen noch in der Lage bleibt, satzungsmäßige Unternehmensziele zu verfolgen.“
  - „Holzmüller“- Urteil u. „Gelatine“- Entscheidung des BGH (Z 83, 122; Z 159, 30)
  - Zustimmung mit ¾ Mehrheit (§ 179 II 1 AktG) nur zum Verpflichtungsgeschäft (keine dingliche Wirkung)
- wenn GmbH Veräußerin:
  - § 179a AktG gilt entsprechend, die Gesellschafter müssen zustimmen (BGH II ZR 24/94; II ZR 236/03; h.M.); ¾ Mehrheit nach § 53 II 1 GmbHG
- Veräußerer ist eine OHG/KG:
  - § 179a AktG gilt entsprechend, Zustimmung aller Gesellschafter (auch der Kommanditisten) nach § 116 (i.V.m. §§ 161, 164) HGB erforderlich

31.10.2017

125

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte:

### Zustimmung Dritter

#### § 179 a AktG

- AG verpflichtet sich zur Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens
- Schutzvorschrift für Aktionäre
- Erfasst dies nur die vollständige Vermögensübertragung?

#### Kriterium:

Greift Vermögensübertragung in satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand ein?  
 BGH („Holzmüller“): Keine Vermögensübertragung nach § 179a, wenn Gesellschaft mit zurückbehaltenem Betriebsvermögen noch in der Lage bleibt, satzungsmäßige Unternehmensziele zu verfolgen, dann ggf. § 119 II

- § 119 II AktG
  - => Bindung des Vorstandes gemäß § 83 II AktG und § 93 IV 1 (=> HV-Beschluss führt zur Haftungsvermeidung)

31.10.2017

126

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

### Vergleich § 179a AktG - § 119 II AktG

- Vertretungsmacht des Vorstandes nur durch Gesetz beschränkbar, § 82 I AktG
  - § 179a AktG ist gesetzliche Beschränkung und hat Außenwirkung, allerdings nur für schuldrechtliches Geschäft!
  - Verletzung der Vorlagepflicht nach § 119 II AktG beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit
- aktienrechtliche Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Hauptversammlung zwingend
  - Satzung kann Geschäftsführungshandlungen nicht von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig machen (vgl. § 23 V AktG).

31.10.2017

127

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

### Beispiele

- Ausgliederung und Veräußerung wesentlicher Vermögensteile aus dem Eigenvermögen („Holzmüller“ – dazu sogleich)
- Veräußerung (nicht Erwerb!) wesentlicher Unternehmensbeteiligungen
- Bedeutende GF-Maßnahme in Tochtergesellschaft?

=> Beschluss der Hauptversammlung (AG)/Gesellschafterversammlung (GmbH):  
Umstritten ist, ob einfache Stimmenmehrheit (analog § 119 II AktG) oder satzungsändernde Mehrheit analog §§ 179, 179a, AktG/ 53 II 1 GmbHG erforderlich sind (so BGH „Gelatine“)

¾ = Beurkundungsbedürftigkeit sowohl bei AG (§ 130 I 3 letzter HS AktG) als auch bei GmbH (§ 53 II 1 GmbHG)

31.10.2017

128



**Gestaltung Unternehmenskaufvertrag**

HECKSCHEN &amp; VAN DE LOO NOTARE

**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

**Holzmüller (BGHZ 83, 122):**Sachverhalt:

Ein mit 8% beteiligter Aktionär wehrt sich dagegen, dass die Holzmüller H-AG den wertvollsten Teil ihres Unternehmens – einen Seehafenbetrieb (80 % des Gesellschaftsvermögens) – ohne Zustimmung der HV ausgliederte und auf eine von ihr allein gegründete und beherrschte SH-AG übertrug. Der Aktionär hatte vorher einer Satzungsänderung zugestimmt, wonach die Ges. ermächtigt wurde, „andere Unternehmen zu errichten und zu erwerben sowie sich an anderen Unternehmen zu beteiligen“ und „ihren Betrieb ganz oder teilweise solchen Gesellschaften zu überlassen.“

Der Aktionär begehrt u.a. die Feststellung (§ 256 ZPO), das die Einbringung des Seehafenbetriebs als Sacheinlage in das SH-AG Vermögen nichtig sei.

31.10.2017

129

**Gestaltung Unternehmenskaufvertrag**

HECKSCHEN &amp; VAN DE LOO NOTARE

**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

Lösung:1. Zulässigkeit der Klage

Feststellungs-Klagebefugnis nach § 256 ZPO entfällt nicht analog § 245 Nr. 1 AktG: Das folgt aus dem verbandsrechtlichen Anspruch des Aktionärs, dass der Vorstand seine Mitgliedsrechte achtet und alles unterlässt, was diese rechtswidrig beeinträchtigt, dh. über das durch Gesetz oder Satzung gedeckte Maß hinaus geht.

2. Begründetheit (Nichtigkeit des Ausgliederungsvertrages?)

- a) § 179 a AktG (-), auch nicht analog
- b) § 179 AktG greift nicht, da Satzung „Konzernklausel“ enthielt
- c) § 119 II AktG (+) Auslagerung eines wesentlichen Betriebsteils ist „Strukturänderung“, die die Rechtsstellung der Aktionäre tief beeinträchtigt: z.B. durch den Fahrstuhleffekt wegen § 58 III AktG hinsichtlich der Gewinne in der SH-AG. Satzungsklausel hebt diese Aktionärsrechte nicht auf. Keine Alleinentscheidungskompetenz des Vorstands, sondern intern analog § 119 II AktG HV-Kompetenz.
- d) Aber Ausgliederung bleibt nach außen wirksam (§ 82 I AktG). Kein Mißbrauch der Vertretungsmacht, da §§ 57 I 1 AktG Rückübertragung des eingebrachten Seehafenbetriebes ohne Kapitalherabsetzung oder Auflösungsbeschluss verbieten.

31.10.2017

=&gt; Nichtigkeit (-)

130

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

Lösung:

e) Rückübertragung Seehafenbetrieb von SH-AG auf H-AG?  
 SchE aus § 280 I BGB i.V.m. verbandsrechtlichen Anspruch gegen Vorstand und auch die Gesellschaft selbst (s.o. 1.). Da H-AG als Alleinaktionärin SH-AG veranlassen kann, den Ausgliederungsvertrag rückabzuwickeln und auch Kapitalherabsetzungs- und/oder Auflösungsbeschlüsse zu fassen, SchE-Anspruch (+).  
 Aber: Klage muss analog § 246 AktG innerhalb Frist von einem Monat nach Kenntnis von Vorgang (hier: Ausgliederung) erhoben werden.

31.10.2017

131

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

**„Gelatine“ (BGHZ 159, 30)**

Sachverhalt:

AG, die Gelatine herstellt, hat eine Tochtergesellschaft TG G und eine TG E. E trug 30% zum Jahresüberschuss der AG bei. Im Wege der Sachkapitalerhöhung wird die E in die G vollständig eingebracht. Der Kläger will Unwirksamkeit dieses Beschlusses feststellen lassen, da HV von AG nicht zugestimmt hat.

Lösung:

Ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der HV bei Maßnahmen, die das Gesetz dem Vorstand als Leitungsaufgabe zuweist, sind nur ausnahmsweise und in engen Grenzen anzuerkennen. Sie kommen allein dann in Betracht, wenn eine von dem Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an die Kernkompetenz der HV, über die Verfassung der AG zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahe kommen, welche allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können.

31.10.2017

132

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

„Gelatine“ (BGHZ 159, 30)

- BGH: Richterliche Rechtsfortbildung
  - Lit.: Gesamtanalogie zu aktien- und umwandlungsrechtlichen Strukturmaßnahmen (§§ 179 a, 293 II 1, 319 II AktG; 123 ff, 13, 65 UmwG)
    - Umwandlungsvorgänge /Unternehmensverträge/ Kapitaländerungsmaßnahmen
    - Wesentlicher Eingriff in Mitgliedschafts-/Vermögensrecht des Aktionärs
  - => Anwendung der Bagatellgrenze von § 62 I UmwG?
  - BGH: nein! Allerdings: Eindeutige Stellungnahme zu Vergleichsgrößen hat der BGH unterlassen
- Maßnahme muss Satzungsänderung gleichkommen; Mediatisierungseffekt für Aktionäre allein reicht nicht
  - Mitwirkungsbefugnisse der HV nur in engen Grenzen anerkannt
  - Wenn, dann verlangt BGH ¾-Mehrheit (s.o.)
  - Im Fall: keine Zustimmung erforderlich

31.10.2017

133

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

**Dresdner Bank/Commerzbank (OLG Ffm NZG 2011, 62)**

Sachverhalt: Im August 2008 einigten sich die Cobra AG und die Allianz SE über den Erwerb der Dreba AG durch die Cobra AG zu einem Kaufpreis von ca. EUR 8,8 Mrd. Die Zustimmung der Hauptversammlung wurde für die Transaktion nicht eingeholt. Entsprechend der getroffenen Vereinbarung erwarb die Cobra AG zunächst etwas über 60% der Dreba-Aktien gegen einen Gesamtwert der Gegenleistungen von ca. EUR 5,7 Mrd. Durch die Verluste bei der Dreba AG infolge der Finanzkrise ergab sich eine erhebliche Ertragsbelastung für die Cobra AG. Die ursprünglich vorgesehene Transaktionsstruktur für die verbleibenden 40% der Aktien der Dreba AG wurde abgeändert. Im Januar 2009 erwarb die Cobra AG die Restbeteiligung gegen Zahlung von EUR 1,65 Mrd, sodann wurde die Dreba AG auf die Cobra AG verschmolzen. Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH in 2/12 zurückgewiesen!

Lösung Nach OLG Frankfurt a.M. hat der Erwerb einer Beteiligung nicht die Qualität einer Maßnahme, die zu Mitwirkungsbefugnis der HV führen könnte. Während bei Ausgliederung bereits vorhandene unternehmerische Aktivitäten dem direkten Einflussbereich der Hauptversammlung entzogen werden, treten beim Beteiligungserwerb unternehmerische Aktivitäten hinzu

134

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

### Lösung

Ein der Ausgliederung vergleichbarer Fall läge nur vor, wenn Teile des operativen Geschäfts veräußert und stattdessen eine Beteiligung erworben wird. Die Dreba AG ist mit der Verschmelzung nach § 62 UmwG in der Coba aufgegangen, der Einfluss der Aktionäre der Coba hat sich nicht verringert und ein Mediatisierungseffekt ist nicht ersichtlich. Bei der Coba fand auch keine zustimmungsbedürftige Strukturänderung statt, da die Kernsegmente des Geschäfts unverändert blieben und sich lediglich der Umfang der Aktivitäten vergrößert hat. Auch die quantitativen Voraussetzungen für einen mit der *Holz Müller*-Entscheidung vergleichbaren Sachverhalt fehlten. Abzustellen sei auf das Verhältnis der Größe des erworbenen Unternehmens zur Größe des kombinierten Unternehmens nach dem Erwerb (nicht etwa ein Vergleich der beiden einzelnen Gesellschaften). Der Anteil der Dreba am Gesamtkonzern betrug nach der Transaktion hinsichtlich der Bilanzsumme ca. 40%, des Ertragswerts ca. 35 %, der Mitarbeiter ca. 40%, des Kreditvolumens ca. 25% und des bilanziertem Eigenkapitals ca. 20%.

*(rechtskräftig: BGH hat Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)*

31.10.2017

135

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

- GbR als Veräußerin:
  - Vertretungsmacht der handelnden Gesellschafter richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag, nachrangig nach § 714 BGB
  - Ohne vertragliche Regelung bedarf es im Zweifel der Zustimmung aller Gesellschafter analog §§179 a, 119 II AktG
- Hat veräußerndes Unternehmen einen stillen Gesellschafter muss dieser nur mit Wirkung im Innenverhältnis zustimmen

31.10.2017

136

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte:

### Zustimmung Dritter

- Zustimmung des Ehegatten des Veräußerers zu der Verfügung – dingliche Wirkung - nach § 1365 I 1 und 2 BGB erforderlich, wenn
  - Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft
  - Unternehmensbeteiligung sein gesamtes bzw. nahezu sein gesamtes Vermögen darstellt (ca. 85% des Gesamtvermögens - Einzelfallentscheidung) **und**
  - wenn Erwerber dies weiß oder die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, dass im Wesentlichen das ganze Vermögen betroffen ist
- Ohne vorherige Zustimmung (=Einwilligung, § 183 BGB) hängt auch die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts von der nachträglichen Zustimmung (=Genehmigung, § 184 I BGB) ab, § 1366 BGB
- Neben den Vertragspartnern kann auch der Ehegatte des Veräußerers die Rechte aus der Unwirksamkeit der Verfügung geltend machen (§ 1368 BGB)

31.10.2017

137

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragsbeteiligte:

### Zustimmung Dritter

Familiengerichtliche Genehmigung: bei Beteiligung von Minderjährigen / Betreuten

- Share-Deal: Erwerb und Veräußerung von Gesellschaftsanteilen
  - GbR oder Personengesellschaft: § 1822 Nr. 10 oder Nr. 3 2. Alt. BGB
  - **Ausnahme:** rein vermögensverwaltende Personengesellschaften
  - GmbH und AG: § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB bei Erwerb der unternehmerischen Mehrheit, die ab 50% angenommen wird (KG NJW 1962, 55)
- Asset-Deal
  - Wenn GbR im Zusammenhang mit Asset-Deal Grundstück verkauft gilt § 1821 I Nr. 1 und 4 BGB
  - Genehmigungserfordernis gilt nicht bei anderen Personen- oder Kapitalgesellschaften, da Minderjähriger nicht Rechtsträger des Grundstückes, sondern die Gesellschaft
- Die familiengerichtlichen Genehmigungserfordernisse gelten sowohl für das Verpflichtungs- als auch das Vollzugsgeschäft

31.10.2017

138

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



**Vertragsbeteiligte:**

Zustimmung Dritter

### Erbrecht

- Unterliegt Gesellschaftsanteil der Testamentsvollstreckung, richtet sich Übertragbarkeit danach, ob Testamentsvollstrecker allein oder nur zusammen mit den Erben zur Veräußerung befugt ist. Erblasserwille entscheidend.  
(§§ 2205, S. 2; 2208 I 1 BGB)
- Verkauft Nachlaßverwalter ein zum Nachlass gehörendes Unternehmen oder Unternehmensbeteiligung bedarf der Verkauf der familiengerichtlichen Genehmigung, §§ 1978, 1915, 1822 Nr. 3 BGB

31.10.2017

139

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### **Überblick: Kaufgegenstand**

#### I. Asset-Deal

- kurzes Muster und Grundsätze
- Übertragung der Firma – auch in der Insolvenz
- Formvorschriften (§§ 311 b I; 925; 311 b II; 311 b III BGB; §§ 15 GmbHG)
- Steuerliche Gefahren beim Asset-Deal

#### II. Share Deal

#### III. Rechtsformspezifische Besonderheiten bei der GmbH

- Asset Deal
- Share Deal

#### IV. Rechtsformspezifische Besonderheiten bei der Personengesellschaft

#### V. Weitere Besonderheiten

31.10.2017

140

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand - Kurzes Muster für Asset Deal

„1. Im Teileigentumsgrundbuch des Amtsgerichts ..... von ..... Blatt ..... ist eingetragen: Miteigentumsanteil zu 121/1000 an dem Grundstück der Gemarkung ..... FlStNr. ...., verbunden mit dem Sondereigentum an den im Erdgeschoss liegenden Laden- und Gewerberäumen, im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichnet. Eigentümer: A.N., geb. am ....., Bäckermeister in ..... Belastungen sind nicht eingetragen. Verkäufer betreibt in den Räumen des Teileigentums einen Bäckereibetrieb mit Verkaufsladen.

2. Verkäufer verkauft an Käufer das gesamte vorstehend bezeichnete Unternehmen. Verkauft ist insbesondere:

a) das vorstehend bezeichnete Teileigentum mit allen Bestandteilen und dem Zubehör;

b) das gesamte Betriebsinventar und das gesamte Umlaufvermögen des Unternehmens zum heutigen Tag. Das Ergebnis der Inventur zum 31.12.20 ..... ist der Verweisungsurkunde, Urkunde des beurkundenden Notars vom gestrigen Tage, UR-Nr. ...., als Anlage 1 beigefügt; die Beteiligten kennen diese Verweisungsurkunde und verzichten darauf, dass sie vorgelesen und hier beigefügt wird. A.N. sagt im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung zu, dass seit dem Stichtag der Inventur bis zum heutigen Tag Geschäfte nur im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb vorgenommen worden und Gegenstände des Anlagevermögens weder veräußert noch angeschafft worden sind; er garantiert, seit dem Stichtag der Inventur nicht mehr als 6.320,00 € entnommen zu haben. Veräußert ist alles, was – unter Berücksichtigung dessen, dass das Unternehmen seither fortgeführt worden ist – in der Inventurliste als Aktivvermögen aufgeführt ist; in gleicher Weise übernimmt der Käufer mit befreiender Wirkung alle aufgeführten Verbindlichkeiten mit befreiender Wirkung für den Verkäufer;

c) alles, was sonst den Inbegriff des Unternehmens ausmacht.

3. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen, für die Ansprüche des Käufers auf Übereignung des verkauften Teileigentums eine Vormerkung in das Grundbuch einzutragen; schon jetzt wird deren Löschung bei Eintragung des Eigentumsübergangs beantragt, vorausgesetzt das Eigentum geht in den Rang über, den die Vormerkung sichert. Die Auflassung ist zu erklären, sobald der gesamte Kaufpreis bezahlt ist und dem Notar die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts vorliegt, wonach der Eintragung des Käufers als Eigentümer grunderwerbsteuerliche Bedenken nicht entgegenstehen. Die Vertragsteile sind darüber einig, dass das Eigentum an den verkauften beweglichen Sachen und dass die verkauften Rechte und Ansprüche unter der Bedingung auf den Käufer übergehen, dass der gesamte Kaufpreis bezahlt ist.“ 141

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### asset deal

- Kaufgegenstand ist nicht das Unternehmen „an sich“, sondern die einzelnen Vermögenswerte des Unternehmens (§ 453 I 2. Alt. BGB)
- zu übertragen sind:
  - bilanziertes Vermögen
    - Aber: GGf. Sonderbetriebsvermögen in Bilanz der Personenhandelsgesellschaft, das evtl. nicht übertragen wird!
  - nicht bilanzierte bzw. nicht bilanzierungsfähige Vermögensgegenstände
    - z.B. geringwertige Wirtschaftsgüter; selbst geschaffenes Know-How - § 248 II 2 HGB
  - immaterielle Wirtschaftsgüter
    - z.B. Markenrechte, Lizenzen, Know-How + Datenträger, wichtige Unterlagen/Mitarbeiter
  - vertragliche bzw. sonstige Rechtsverhältnisse
    - z.B. Miet- bzw. Leasingverträge, behördliche Genehmigungen, Mitgliedschaften
    - Forderungserwerb unmöglich bei Abtretungsverbot, § 399 BGB!

31.10.2017

142

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### asset deal

- Beachtung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes
  - §§ 873ff; 925ff; 929ff.; 398ff. BGB
  - Individualisierbarkeit aus Vertrag ohne Heranziehung weiterer Umstände
  - Bestimmbarkeit ist ausreichend (unzureichend: Waren im Wert von 8000,-- €)
    - einfach, wenn das gesamte Unternehmen einer Handelsgesellschaft übertragen wird;
    - schwieriger, wenn nur Teilbetrieb übertragen werden soll und keine örtliche Abgrenzung möglich ist
  - Grundsatz: Sache ist durch einfache äußere Merkmale so bestimmt zu bezeichnen, dass jeder Kenner des Vertrags sie unschwer von anderen unterscheidet
  - Beispiele:
    - alle Sachen in einem bestimmten Raum
    - alle Forderungen aus einem bestimmten, örtlich abgrenzbaren Geschäftsbetrieb
- Sicherungsübereignung an/ EV von Dritten:
  - Gutgläubiger Erwerb nach § 932 BGB (-), wenn Käufer Umstände kennt

31.10.2017

143

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### asset deal

- Praxis: Bezugnahme auf Bilanz - ist jedoch problematisch:
  - Bilanz enthält lediglich Wertansätze. Rückschluss auf Einzelwirtschaftsgüter daher kaum möglich. Allerdings: Anlagenspiegel – Anlage zur Bilanz – hilfreich.
  - Bilanz enthält **nur bilanzierungsfähige Vermögensgegenstände**, aber keine selbst geschaffenen immateriellen Wirtschaftsgüter oder vollständig abgeschriebene Wirtschaftsgüter (§ 6 II EStG) oder nicht bilanzierungsfähige Rechtsbeziehungen (z.B. noch nicht vollständig erfüllte Verträge)
  - Wird in Unternehmenskaufvertrag auf künftigen Bilanzstichtag abgestellt, liegt maßgebliche Bilanz bei Abschluss des Vertrags noch nicht vor. Evtl. kann in einer solchen Bilanzbezugnahme aber auch die Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts der die Bilanz errichtenden bzw. diese feststellenden Person (GmbH=GV; AG=Vorstand und AR) liegen.
  - Dem Unternehmen zur Nutzung überlassene Gegenstände können in der Bilanz erfasst sein – oder auch nicht!

31.10.2017

144



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### asset deal

- => Beifügung von **Inventarlisten** daher empfehlenswert
  - Möglich sind auch **raumbezogene Sammelbezeichnungen**
  - Ergänzend kann ein **Leistungsbestimmungsrecht gem. §§ 315 bzw. 317 BGB** eingeräumt werden, ggf. ergänzt durch Übertragungsvollmacht.
  
- Übertragung von Patenten/Marken (§ 27 II MarkenG) / Urheberrechten (§ 29 I UrhG)
  - Ggf.: Lizenzerteilung, §§ 15 PatG; 30 MarkenG;
  - Einräumung Nutzungsrechte, § 29 II, 31 ff UrhG
  - vgl. aber auch § 34 III 2 UrhG => Urheber kann bei Unternehmensveräußerung Nutzungsrecht aus wichtigem Grund kündigen.

31.10.2017

145

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### asset deal

- Erfolgt Unternehmenskauf auf einen künftigen Stichtag, müssen in der Übergangszeit angeschaffte Vermögensgegenstände gesondert auf den Käufer übertragen werden.
- Antizipierte Übereignung möglich, jedoch muss auch hier der Bestimmtheitsgrundsatz eingehalten werden. Dies ist praktisch allenfalls für Forderungen und Rechte möglich. Bei beweglichen Sachen muss eine zum Übertragungsstichtag durchzuführende Inventur vereinbart werden.
  
- Zustimmung Dritter
  - Übergang von Gegenständen und Rechtsverhältnissen kann von Zustimmung Dritter abhängig sein (z.B. bei Verträgen oder Ansprüchen, deren Abtretung nach § 399 BGB ausgeschlossen ist).
  - Kann oder soll Übertragung nicht stattfinden, kann im Unternehmenskaufvertrag eine treuhänderische Abwicklung bezüglich solcher Rechtsverhältnisse vorgesehen werden.

31.10.2017

146

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB)

#### ➤ Voraussetzungen beim **share deal**:

- Zustimmung Inhaber (§ 17 HGB) entbehrlich, da Inhaber=Gesellschaft Firma selbst fortführt
- Zustimmung Gesellschafter? Bei Verkauf von Personengesellschaftsanteilen gilt § 24 I HGB, d.h. Firma kann ohne deren Zustimmung fortgeführt werden.
- Ausnahme: § 24 II HGB, wenn Firma Namen des Gesellschafters enthält
  - Personengesellschaft: Zustimmung namensgebender Gesellschafter erforderlich.
  - Kapitalgesellschaft: Es bedarf grds. keiner Zustimmung der veräußernden Gesellschafter. Abweichende Regelungen in der Satzung sind zulässig.
  - GmbH & Co. KG: Frage nicht abschließend geklärt. Vorsorgliche Aufnahme der Zustimmung des Veräußerers/Gesellschafters zur Fortführung der Firma durch die Gesellschaft ist empfehlenswert.

#### ➤ Voraussetzungen beim **Asset deal**:

- keine Firmenfortführung:
- Wird Firma nicht fortgeführt, erhält das gekaufte Unternehmen beim Handelsregister automatisch ein neues Registerblatt.
- Will Erwerber die Firma selbst nicht fortführen **und** auch Fortführung der Firma durch den Veräußerer verhindern, kann hierzu eine Vereinbarung geschlossen werden (→ Teilbereich des Wettbewerbsverbots)

31.10.2017

147

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB)

#### ➤ Voraussetzungen beim **Asset deal - Fortführung der Firma**:

- Unterscheide auch hier:  
Einwilligung Inhaber und Einwilligung (namensgebender) Gesellschafter
- Übertragung Firma immer nur mit Einwilligung des Inhabers (§ 22 I HGB)
  - GmbH/AG: GF bzw. Vorstand mit Zustimmung der GV/HV
- Nur zusammen mit Unternehmen (§ 23 HGB) – keine „Leerübertragung“ – => nicht pfändbar (§§ 851 I; 857 I ZPO)
- Bei Übernahme der Firma muss der Veräußerer – die zurückbleibende „Mantelgesellschaft“ - die bisherige Firma ändern, vgl. § 30 HGB.
- Änderung der Firma durch Veräußerer und Übernahme der alten Firma durch Erwerber sind zum HR anzumelden und einzutragen, §§ 29, 31 I HGB
- Zustimmung **namensgebender** Gesellschafter bei **Personenfirma** erforderlich?
  - Bei Personenhandelsgesellschaft: ja wg. § 12 BGB und § 24 II HGB
  - Bei der GmbH/AG: Wenn Vorbehalt in Satzung, muss namensgebender Gesellschafter zustimmen; wenn kein Vorbehalt:?

31.10.2017

148

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

Fallbeispiel: Stephan Hermann (SH) betreibt unter dem Namen „Stephan Hermann GmbH“ ein stadtbekanntes Restaurant, über das das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Der Insolvenzverwalter I verkauft das Restaurant (Unternehmen) an die K-GmbH und zwar einschließlich des Rechts zur Firmenfortführung. Die K-GmbH nimmt durch Satzungsänderung die neue Firma an und meldet diese mit Zustimmung des Insolvenzverwalters zum HR an.

SH ist empört und fragt, ob er irgendwelche Rechte geltend machen kann.

31.10.2017

149

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

Anspruch des SH aus §§ 37 II HGB, 12, 823 I, 1004 BGB ?

- Firma nach § 17 I HGB als Teil der Insolvenzmasse?
  - Nur auf Insolvenzmasse erstreckt sich Verfügungs- (§80 I InsO) und Verwertungsbefugnis (§ 159 InsO)
  - Alles Vermögen, das ZwangsV unterliegt (§§ 35, 36 I 1)
  - Firma nur mit Einwilligung des Inhabers (§ 22 HGB) und zusammen mit Unternehmen (§ 23 HGB) übertragbar => nicht pfändbar (§§ 851 I, 857 I ZPO)
- Ausnahme?
  - Firma ist Persönlichkeitsrecht (§ 17 I 1 HGB) und Vermögensrecht (§§ 22, 23 HGB) – Doppelnatur der Firma – und fällt als Teil des Geschäftsbetriebes in die Insolvenzmasse
  - § 22 HGB setzt Einwilligung des Inhabers voraus; dieses Einwilligungsrecht geht auf den Insolvenzverwalter über. Aber ist auch § 24 II HGB anwendbar?

31.10.2017

150

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

- Zulässigkeit der Verwertung der Personenfirma **wg. § 24 II HGB weiter umstritten:**
- **Wohl h.M.:** Trotz § 24 II HGB keine Zustimmung durch namensgebenden Gesellschafter erforderlich
  - arg.: Freiwilliges In-Verkehrbringen seines Namens; mit freiwilliger Einführung in Firma und gewerblicher Nutzung wird der Name übertragbar und vererblich
  - Auch Einzelkaufmann und PersonenHG kann Firma als Sach- oder Fantasiefirma bilden (seit HRRefG) => kein Zwang zur Personenfirma => teleologische Reduktion des § 24 II HGB
  - Erheblicher Wert, der verloren ginge; Verwertungsinteresse der Gläubiger geht vor
  - Insolvenzrecht geht dem HGB vor (so wohl auch abw. Meinung – s.u.)
- A.M.: Zustimmung des namensgebenden Gemeinschuldners/Gesellschafters nötig!
  - § 24 II HGB gelte jetzt für alle Gesellschaften, da keine Differenzierung mehr bezogen auf Sach- und Fantasiefirma zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft; Gesetzgeber hätte § 24 II HGB mit HRRefG ja abschaffen können, war aber gerade nicht geschah.
  - Stellungnahme: Auch Kapitalgesellschaften (§§ 3 AktG; 13 II GmbHG) sind Handelsgesellschaften i.S.d. § 6 I HGB und deshalb ist § 24 II HGB auch auf sie anzuwenden, keine Spezialvorschrift für PersonenhandelsG, keine teleologische Reduktion

31.10.2017

151

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

- ◆ Mitverkauf der Firma durch InsO-Verwalter („Asset-Deal“) – praktisches Vorgehen:
- ◆ Firmenänderung des insolventen Rechtsträgers erforderlich
  - GmbH: Befugnis zur Änderung der Satzung steht nicht Insolvenzverwalter, sondern weiterhin den Gesellschaftern zu
  - Zustimmung des Insolvenzverwalters zur Firmenänderung durch Gesellschafterversammlung (GV) aber erforderlich, denn sonst könnte Verwertung der Firma durch GV verhindert werden.
- ◆ Insolvenzverwalter ist aber befugt,
  - erforderliche Ersatzfirma selbst zu bilden und **ohne** Gesellschafterbeschluss im HR eintragen zu lassen, auch wenn Satzung noch nicht geändert ist! (str.)
    - für SatzungsÄnd OLG München - 30.5.16 - 31 Wx 38/16 (Kompetenz offen lassend)
    - ebenso OLG Hamm GWR 18, 36; KG NZI 2017, 813 (Kompetenz: InsO-Verw als Zwangsvertreter der Gesellsch.)
    - Verfahren beim BGH anhängig (Az.: II ZG 21/17).
  - Entfällt, wenn Gesellschafter über geeignete Ersatzfirma qua Satzungsänderung beschließen
- ◆<sup>10</sup> Grundsätze über Verwertbarkeit der Firma auch hinsichtlich der Marke anzuwenden

152

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Übertragung der Firma (§ 17 HGB) in der Insolvenz

- ◆ Sonstige Folgen aus h.M.:
- ◆ Schuldner darf während Insolvenzverfahren
  - keine neue Gesellschaft unter der alten Firma gründen und
  - die Firma nicht ohne Zustimmung des Verwalters ändern (s.o.)
  - keine Löschung der Firma durch den Schuldner

#### Musterformulierung: Übertragung der Firma

„ § .....

##### **Übertragung der Firma**

*Der Verkäufer und der Käufer sind sich darüber einig, dass der Käufer die Firma ..... fortführen darf, soweit dies rechtlich zulässig ist, und soweit die Firmenrechte dem Verkäufer zustehen. Der Verkäufer verpflichtet sich, alles Erforderliche zu tun, um dem Käufer die Verwendung der Firma ..... zu ermöglichen. Der Verkäufer verpflichtet sich bis zum Übernahmestichtag seine Firma so zu ändern, dass diese die Bestandteile ..... nicht mehr enthält, und diese Firmenänderung zum Handelsregister anzumelden.“*

31.10.2017

153

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

Formvorschriften:

#### **Grundstücke:** §§ 311b Abs. 1; 925; 128 BGB

- Zweck: Warnung und Beratung durch Notar; Gültigkeitsgewähr; Beweissicherung
- Verletzung Form führt zur Nichtigkeit, § 125 S. 1 BGB; eine Aufspaltung der Verträge in einen formfreien Vertrag und einen formbedürftigen Vertrag hilft nicht, da die Verträge eine rechtliche Einheit bilden, also nach dem Willen der Parteien miteinander stehen und fallen sollen, und daher insgesamt formbedürftig sind (BGH NJW 2000, 951 einerseits und BGH NJW 2002, 2559 andererseits)
- Heilung nach § 311 b I 2 BGB durch Eigentumsumschreibung, bei mehreren Grundstücken mit EU des letzten Grundstücks
- **§ 311 b I BGB gilt beim share-Deal nicht!**
- Bei der Personengesellschaft geht Grundvermögen mit vollständiger Anteilsübertragung auf eine Person per Anwachsung über, nicht durch Einzelrechtsgeschäft – Formfreiheit hat der BGH sogar dann angenommen, wenn zum Gesellschaftsvermögen einer GbR im Wesentlichen nur Grundbesitz (BGHZ 86, 367) bzw. der Geschäftsanteil an einer GmbH (§ 15 IV GmbHG – BGH NZG 2008, 377) gehört.

Ausnahme: Gesellschaftsrechtliche Gestaltung wird bewusst zur Umgehung der Formvorschrift eingesetzt

31.10.2017

154

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

Formvorschriften:

Verpflichtung zur Übertragung des gesamten gegenwärtigen Vermögens: § 311b III BGB:

- Zweck: Übereilungsschutz; Beratung durch Notar; Warnfunktion
- Zurückbehaltung einzelner Gegenstände von untergeordneter Bedeutung ohne Bedeutung (RGZ 173, 348, 349).
- Grenzziehung zu § 311b II BGB (Übertragung des künftigen Vermögens) bei in der Zukunft liegenden Übertragungstichtag noch nicht abschließend geklärt.  
Zweck des § 311 b II BGB: wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Einzelnen soll vor Beschränkungen geschützt und Motivation für Erwerbstätigkeit soll erhalten werden.
- Rechtsfolge: Nichtigkeit nach § 125 BGB. Bei Verletzung des § 311b II bzw. III BGB ist *keine Heilung* möglich!
- Für die Übertragung von Personengesellschaftsanteilen gilt:
  - keine gesetzliche Form vorgeschrieben (Kommandit- und Komplementäranteil)
  - Übertragung des Komplementäranteils bei Übertragung einer GmbH & Co. KG: § 311b Abs. 3 BGB anwendbar, wenn GmbH sonst kein Vermögen hat
  - Gestaltung: Komplementär-GmbH wird vor UKV Vermögen zugeführt. Da meist nur 25T€ - GmbH ist dafür kein großes Vermögen nötig (z.B. 10 T€ cash). Wert des Komplementär-Anteils schwer zu bestimmen, da GmbH regelmäßig am Vermögen der KG nicht beteiligt ist.

31.10.2017

155

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

Formvorschriften:

- Anwendbarkeit des § 311b Abs. 3 BGB auf Veräußerung des gesamten Vermögens einer Kapitalgesellschaft ist str.
  - Auch auf Kapitalgesellschaften (jur. Person) anwendbar (OLG Hamm, NZG 2010, 1189) - str.
  - § 179a AktG keine abschließende Sonderregelung, betrifft nur Zustimmung Gesellschafter
  - So auch RGZ 137, 348 ff. (Vermögen bei jur. Person = nur die Aktiva)
- Nur anwendbar, wenn Vermögen als Ganzes („in Bausch und Bogen“) veräußert wird, nicht aber, wenn die verkauften Assets konkret aufgeführt sind, und dies selbst dann, wenn im Ergebnis das gesamte Vermögen erfasst ist. – sehr zweifelhaft! (BGH NJW 1957, 1514 unter B I 2; 1991, 353, 355; krit. Heckschen, NZG 2006, 772)
- Problematisch sind „Catch-All“-Klauseln:
  - (z. B. „...verkauft sämtliche Vermögensgegenstände, insbesondere die nachfolgend aufgeführten...“ oder „Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellen, dass einzelne Vermögensgegenstände nicht in der obigen Auflistung enthalten sind, verpflichtet sich der Verkäufer, diese unverzüglich an den Käufer zu übereignen.“... „alles, was sonst den Inbegriff des Unternehmens ausmacht“).
- Gerichtlich nicht geklärt, daher erhöhte Vorsicht geboten!

31.10.2017

156

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Formvorschriften - asset deal

- Bei Veräußerung des Gesamtunternehmens bedarf es:
  - gem. § 179a AktG analog eines Gesellschafterbeschlusses mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. (s.o.)
  - Gesellschafterbeschluss bedarf notarieller Beurkundung (§§ 53 f. GmbHG/130 I 3 AktG) – str.
  - Der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag unterliegt ggf. auch dem Beurkundungserfordernis des § 311 Abs. 3 BGB (s.o.).
- Bei einem Verkauf aller Aktiva einer GmbH droht die Verwirklichung von insolvenzrechtlichen Haftungs- und Anfechtungstatbeständen, wenn bei GmbH Schulden zurückbleiben („Gläubigerbenachteiligung“).

31.10.2017

157

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Formvorschriften:

#### GmbH-Geschäftsanteile: § 15 III und IV GmbHG

- Zweck: Beweissicherung; Übereilungsschutz; Erschweris des GmbH-Anteilshandels
- Formbedürftig: Verpflichtung (IV) einschließlich Nebenabreden und solcher Verträge, die von dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes über die GmbH-Anteile abhängen (einseitige Abhängigkeit); aber auch das Verfügungsgeschäft (III)
- Beurkundung des Anteilsabtretung heilt formunwirksames Verpflichtungsgeschäft, § 15 IV 2 GmbHG! Fraglich ist Heilungswirkung jedoch für Nebenabreden.

#### **OLG Hamburg RNotZ 2007, 415**

- Heilung tritt nicht ein, wenn beurkundete Abtretung zu anderen Bedingungen geschlossen als formunwirksamer Kaufvertrag. Wenn Parteien Teile des formunwirksamen Kauf-Vertrages im Zeitpunkt der Abtretung nicht mehr wollen, kann bezüglich des gesamten Geschäftes (§ 139 BGB) keine Heilung eintreten!
- Closing-Protokoll (Vollzugsprotokoll)
  - Zweck: Dokumentation und Bestätigung sämtlicher Vollzugsbedingungen
  - rein deklaratorisch => formfrei
  - Aufhebung von Bedingungen; Modifizierung der schuldrechtlichen Bedingungen zur Übertragung der Geschäftsanteile

31.10.2017

- Abtretung Anteil erfolgt (=> formfrei), sonst formbedürftig!

158

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

Formvorschriften:

#### GmbH-Geschäftsanteile: § 15 III und IV GmbHG

- GmbH&CoKG: Kauf der KG und GmbH-Anteile untrennbar miteinander verbunden.
  - => Auch die Abtretung der KG-Anteile muss beurkundet werden (einheitliches RechtsG)
  - Heilung nach § 15 IV 2 GmbHG erfasst allerdings auch den Kauf der KG-Anteile
  - *Lösung*: Einheits-KG, bei der KG die GmbH-Anteile ihrer Komplementärin hält;  
Gestaltung: GmbH-Gesellsch. bringen vor Abschluss UKV GmbH-Anteile in KG ein.

#### Sonstige Formvorschriften:

- Wertpapiere werden i.d.R. durch Indossament übertragen; für Bankkonten und Versicherungen vgl. § 399 BGB
- Patente und Marken: Umschreibebewilligung für Eintragung in Register bedarf teilweise einer Unterschriftsbeglaubigung (vgl. aber für Umschreibung einer Marke § 31 Abs. 5 MarkenV).
- Gewerbliche Schutzrechte sind häufig nicht übertragbar; ggf. Einräumung eines Nutzungsrechts vereinbaren.

31.10.2017

159

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

asset deal

- Steuerliche Gefahren:
  - Bei Verkauf einer Personengesellschaft ist ggf. darauf zu achten, dass die Voraussetzungen der Steuerbegünstigungen der §§ 16, 34 EStG erfüllt werden, damit Veräußerungsgewinn nicht als laufender (ggf. gewerbesteuerpflichtiger) Gewinn besteuert wird.
  - Insbesondere: § 34 III EStG => Besteuerung nur mit 56% des Durchschnittsteuersatzes auf Seiten des über 55 Jahre alten Veräußerers
  - Problematisch: Veräußerung eines Teilbetriebs
  - Gefährlich: Zurückbehalt wesentlicher Betriebsgrundlagen
    - Verkäufer muss seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellen
    - Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zulasten des Verkäufers
  - Vgl. Slides 298 bis 300

31.10.2017

160



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### share deal

- Übertragung des Unternehmens in dinglicher Hinsicht sehr viel einfacher als beim asset deal
- Aber auch hier ist Sorgfalt bei den Gewährleistungen geboten:
  - Verkäuferzusicherungen über den Bestand des übertragenen Unternehmens
  - Der Gesellschaft nur zur Nutzung überlassene Gegenstände dürfen nicht vergessen werden!

31.10.2017

161

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand – Kurzes Muster bei Share-Deal (GmbH-Anteile)

„1. Im Handelsregister des Amtsgerichts ....., HRB NR. ....., ist die ABC Bäckerei GmbH (nachfolgend auch »Gesellschaft« genannt) eingetragen. Vom Stammkapital zu 40.000,00 € halten nach Maßgabe der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste:

Herr A. Geschäftsanteile mit Einlagen von 30.000,00 € (Nr. 1) und 7.000,00 € (Nr. 2) ,  
Frau B einen Geschäftsanteil mit einer Einlage von 3.000,00 € (Nr. 3).

Die Geschäftsanteile sind voll einbezahlt.

Die Gesellschaft betreibt ein Bäckerei-Unternehmen mit Verkaufsladen in gemieteten Räumen in ....., Vermieter und Eigentümer des Mietobjekts ist A. Der Notar hat darauf hingewiesen, dass gegenwärtige Veräußerung die Beendigung einer Betriebsaufspaltung mit möglicherweise gewichtigen steuerlichen Folgen bewirken kann.

2. A und B verkaufen hiermit ihre in Abschn. 1 bezeichneten Geschäftsanteile an C. Das Gewinnbezugsrecht geht in der Weise auf den Käufer über, dass diesem alle Gewinne zustehen, deren Ausschüttung künftig beschlossen wird. Die Verkäufer erklären dazu im Sinne einer Beschaffenheitsangabe, dass ein Gewinnausschüttungsbeschluss für das vergangene Geschäftsjahr nicht gefasst worden ist.“

31.10.2017

162

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal

- > Formerfordernis: § 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG (s.o.)
- > Ausübung von Gesellschafterrechten von Eintragung in Gesellschafterliste abhängig
  - Ausnahme: § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG
  - Ablehnung der Aufnahme einer eingereichten Liste in das Handelsregister ist nur bei konkreten Zweifeln an Richtigkeit der Liste möglich.
  - bei Beschlussfassungen unmittelbar an Beurkundung einer Anteilsübertragung sollte Verkäufer mitwirken, ggf. aufgrund erteilter Stimmvollmacht.
- > Erwirbt eine AG (!) mehr als 25 % oder eine Mehrheitsbeteiligung
  - an GmbH (!), besteht Mitteilungspflicht nach § 21 I AktG (Sanktion: § 21 IV AktG)
- > Exkurs: Erwirbt ein Unternehmen mehr als 25% oder eine Mehrheitsbeteiligung
  - an AG (!), besteht Mitteilungspflicht nach § 20 I AktG (Sanktion: § 20 VII AktG)

31.10.2017

163

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal

- Zustimmung des Geschäftsführers zur Anteilsübertragung nur dann erforderlich, wenn dies vereinbart ist (Vinkulierungsklausel in Gesellschaftsvertrag)
  - Zustimmung ist kein Fall des § 181 BGB, wenn GF mit Verkäufer personengleich
  - ggf. Zustimmungspflicht bei Veräußerung von Anteilen an einer an der GmbH beteiligten (Mutter-)Gesellschaft (besser geeignet: „change-of-control“-Klauseln)
  - Fehlende Zustimmung wirkt dinglich, Geschäftsanteil geht also nicht über !
  - Wird Zustimmung verweigert, kann auf (i.d.R. zustimmungsfreie) Unterbeteiligung ausgewichen werden.
- Bei Teilung eines Geschäftsanteils
  - Beschluss der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 4 GmbHG erforderlich.
  - Teilung nicht vorhandener Geschäftsanteile ist unwirksam.
- Bei Veräußerung von eigenen Anteilen einer GmbH, hat BGH – systemwidrig – auch die Gesellschafter als veräußerungsbefugt angesehen.

31.10.2017

164

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal

- Die veräußerten GmbH-Geschäftsanteile sind genau zu bezeichnen (über Nummer in Gesellschafterliste).
- Vorherige Vereinigung mehrerer Teilgeschäftsanteile bedarf eines Gesellschafterbeschlusses, § 46 Nr. 4 GmbHG
  - Achtung: Anteile können unterschiedliche steuerliche Vergangenheit haben. Die Anteile könnten z.B. unterschiedlichen Spekulationsfristen, Behaltefristen unterliegen. Zweifel gehen zu Lasten des Steuerpflichtigen. Daher keine vorschnelle Vereinigung!
  - Beispiel: Werden ein Betrieb, Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung eines Kapital-Anteils eingebracht, kann dieser Vorgang nach § 20 UmwStG steuerneutral erfolgen (Einbringung zum Buchwert). Um die spätere Besteuerung der stillen Reserven sicherzustellen, führt eine Veräußerung dieser Kapital-Anteile bzw. ein der Veräußerung gleichwertiger Vorgang nach § 22 UmwStG innerhalb einer Frist von 7 Jahren einerseits zur Besteuerung des Einbringungsvorgangs zum gemeinen Wert ("Einbringungsgewinn I") – 1/7-Abschmelzungsregelung. Die Anschaffungskosten der durch die Einbringung erworbenen Anteile erhöhen sich (rückwirkend) andererseits, sodass der Gewinn aus der Veräußerung dieser Kapital-Anteile entsprechend sinkt. – vgl. Slides 302-304

31.10.2017

165

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal

- Bestehen Bedenken bezüglich der Wirksamkeit der vorangegangenen Übertragungen/Teilung der betreffenden Anteile, sollten diese „unklaren Beteiligungsverhältnisse“ bereinigt werden (ultimativ: Verschmelzung). Nur eingeschränkter Gutgläubenserwerb des Anteils nach § 16 III 1 GmbHG; nicht existierender Geschäftsanteil kann nicht gutgläubig erworben werden

31.10.2017

166

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal/asset deal - Vergleich: Vorteile/Nachteile

##### Nachteil gegenüber asset deal:

- kein Gutgläubenserwerb der zum Vermögen der GmbH nicht gehörenden Gegenstände und des Geschäftsanteils selbst möglich. Sachen, die der betreffenden Gesellschaft nur vermeintlich gehören, gehen (anders als beim asset deal!) nicht auf den Erwerber über, auch wenn dieser gutgläubig ist.
- Rechtsbeziehungen, die zwischen dem Verkäufer (bzw. dessen Angehörigen und verbundenen Unternehmen) und der GmbH bestehen, sind regelungsbedürftig.
- Übergang von Gesellschafterdarlehen muss ausdrücklich vereinbart werden.
- Für ausstehende Einlageverpflichtungen haftet Erwerber, § 16 II GmbHG!

31.10.2017

167

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal/asset deal - Vergleich: Vorteile/Nachteile

##### Vorteil gegenüber asset deal:

- Fortbestand der mit der GmbH bestehenden Rechtsbeziehungen
  - Prüfung erforderlich, ob dem Vertragspartner bei Gesellschafterwechsel aufgrund einer „change-of-control“-Klausel ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht, z.B. bei Mietverhältnissen. (Rechtsslage bei Umwandlung des Mieters: BGH NJW 2002, 2168)
    - Klausel, die für den Fall des Kontrollwechsels bei einer der Vertragsparteien, i.d.R. also bei Wechsel des Mehrheitsgesellschafters, bestimmte Informations- und Kündigungsrechte vorsieht.
    - Ziel ist es, zu verhindern, dass während der Vertragslaufzeit ein Wettbewerber die Kontrolle über den Vertragspartner übernimmt, ohne dass man in der Lage ist, die eigenen vertraulichen Informationen zu schützen, weil man entweder über den Kontrollwechsel nicht informiert ist oder aber keine Kündigungsmöglichkeit besitzt.
  - Bei Nutzungsrechten im Anwendungsbereich des UrhG besteht in § 34 Abs. 3 Satz 3 UrhG eine gesetzliche „change-of-control“-Klausel.
  - Öffentlich-rechtliche Genehmigungen, die **personenbezogen** erteilt sind, müssen ggf. neu eingeholt werden (z.B. Gaststättenlaubnis).

31.10.2017

168

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### Sachverhalt:

S-AG ist zu 49% und M-AG ist zu 51% an SM KG beteiligt. Die Satzung der SM KG enthält folgende „change-of-control“-Klausel:

*„Die S- AG, als 49% Gesellschafterin der SM KG ist berechtigt, die Übertragung des Kommanditanteils der M-AG an der SM KG sowie ihres Geschäftsanteils an der SM BreastCare GmbH zu einem angemessenen Preis auf sich zu verlangen, wenn ein Dritter - mittelbar oder unmittelbar - einen beherrschenden Einfluss im Sinne von § 17 AktG auf die M-AG erwirbt und im Wettbewerb zur S-AG steht.“*

31.10.2017

169

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

**BGH, Urteil vom 26. April 2002 – LwZR 20/01** (UmwG §§ 2, 20; BGB §§ 543, 589, 594e)

a) Bei einer Umwandlung durch Verschmelzung nach § 2 UmwG überlässt die frühere Pächterin als übertragendes Unternehmen die Nutzung der Pachtflächen nicht einem Dritten, vielmehr tritt der übernehmende Rechtsträger kraft Gesetzes anstelle der früheren Pächterin in die bestehenden Verträge ein (vgl. § 20 I Nr. 1 UmwG). Dieser strukturelle Unterschied erlaubt keine entsprechende Anwendung des § 589 I Nr. 1 BGB, wonach dem Pächter eine Überlassung der Pachtsache an einen Dritten ohne Zustimmung des Verpächters untersagt ist.

b) Nach § 589 I Nr. 1 BGB ist es dem Pächter nicht untersagt, sich durch Verschmelzung mit anderen Unternehmen umzuwandeln. Die Vertragsparteien können jedoch eine abweichende Rechtsfolge vereinbaren (OLG Oldenburg, OLG-Report 2000, 65, 66 m. w. N.).

d) **Der infolge einer Umwandlung durch Verschmelzung (§ 2 UmwG) eintretende Pächterwechsel (§ 20 I Nr. 1 UmwG) rechtfertigt allein nicht eine außerordentliche Kündigung des Verpächters aus wichtigem Grund. Eine solche ist nur möglich, wenn die Umwandlung zu einer konkreten Gefährdung der Ansprüche des Verpächters geführt hat. Aber selbst dann ist zu beachten, dass der Gesetzgeber den schutzwürdigen Interessen der Vertragspartner dadurch Rechnung getragen hat, dass er ihnen unter den Voraussetzungen des § 22 UmwG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung eingeräumt hat.**

e) Die Darlegungs- und Beweislast für eine konkrete Gefährdung der Ansprüche des Verpächters obliegt dem Verpächter.

170

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal

- Regelungen für Übergangszeit zwischen Kauf und Abtretung wichtig, z.B. im Hinblick auf Ausschüttung von Gewinnen und Auflösung von Rücklagen
- Sofern Käufer nicht Alleingesellschafter wird, bedürfen Gesellschaftsvertrag und noch nicht erledigte bzw. fortwirkende Gesellschafterbeschlüsse einer eingehenden Prüfung.
- Aus der Sicht des Käufers empfiehlt sich dann folgende Prüfung:
  - Enthält die Satzung Regelungen zur Mindesthöhe eines Anteils für die Ausübung des Stimmrechts? (z.B. problematisch bei einer Stimmkraft pro 100 €-Anteil, wenn durch die Übertragung ein Beteiligter Anteile zu 18.875 € oder 6.275 € an einer 25.000 €-GmbH hält, aber doch nicht mit 75 % - 18.750 € - bzw. 25 % - 6.250€ - abstimmen kann).
  - Enthält die Satzung Sonderrechte eines Gesellschafters?
  - Welche relevanten Satzungsbestandteile können ggf. nur einstimmig geändert werden? (relevant z.B. bei Ausschluss- und Abfindungsregelungen)

31.10.2017

171

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal

- Aus der Sicht des Käufers empfiehlt sich folgende Prüfung (*Fortsetzung*):
  - Für welche Satzungsänderungen besteht evtl. ein Stimmverbot des Erwerbers? (z.B. relevant beim Wettbewerbsverbot für den anderweitig unternehmerischen Erwerber)
  - Sind Beschlüsse gefasst worden, die noch fortwirken? (unklar ist z.B. Rechtslage dann, wenn Anteile übertragen werden, für die bereits ein noch nicht vollzogener Einziehungsbeschluss gefasst ist).
- Bei Bereinigungen von Bilanzposten bzw. Abwicklung/Beendigung von Verträgen sind Verstöße gegen das Kapitalaufbringungs- bzw. -erhaltungsverbot, z.B. durch verdeckte Sacheinlagen, zu vermeiden.

31.10.2017

172

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH share deal

- Problem: Pensionsansprüche des ausscheidenden Gesellschafter-GF gegen die GmbH, die Käufer typischerweise nicht übernehmen will.
- Denkbare Lösungsansätze:
  - (Teil-)Verzicht auf Pensionsansprüche
    - Die in Steuerbilanz gebildete Pensionsrückstellung ist gewinnerhöhend aufzulösen; Gewinn hat Gesellschafter bei Ausschüttung im Teileinkünfteverfahren zu versteuern.
    - Der Verzicht, den Fremd-GF nicht abgegeben hätte, ist verdeckte Einlage, die beim Gesellschafter bei Werthaltigkeit als Zufluß nach § 19 EStG zu versteuern ist. Allerdings erhöht diese Einlage auch die Anschaffungskosten für den verkauften Geschäftsanteil und mindert damit den Veräußerungsgewinn (BMF v. 14.8.12, DStR 2012, 1706).
    - Gibt es nur Teilverzicht über **noch nicht** erdiente Pensionsansprüche => keine Einlage
      - erdient (§ 1b BetrAVG): AN älter 35 Jahre und Versorgungszusage >= 5 Jahre
  - Ablösung/Abfindung der Pensionszusage durch Ausgleichszahlung oder durch Übertragung der Rückdeckungsversicherung auf den Geschäftsführer
    - Nachteil beider Lösungsansätze: Geschäftsführer muss beides als Einkünfte gem. § 19 EStG versteuern (BFH GmbHR 2005, 118).

31.10.2017

173

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH share deal

- Bei Abfindung einer *nicht verfallbaren (erdienten)* Pensionszusage droht verdeckte Gewinnausschüttung: => es gilt dasselbe wie bei Verzicht (s.o.)
- Übertragung der Versorgungszusage auf einen Pensionsfonds
  - Bei Gesellschafter-GF steuerfrei nach § 3 Nr. 66 EStG
  - Die Rückstellung ist in diesem Fall in der Steuerbilanz des Unternehmens gewinnerhöhend und damit körperschaftssteuerpflichtig aufzulösen.
  - Als Gegenleistung für die Übernahme der Verpflichtung zahlt die GmbH einen Einmalbetrag an den Fonds oder die Kasse. Die Übertragung auf einen Pensionsfonds kann steuer- und sozialversicherungsfrei vorgenommen werden, wenn ein Antrag gemäß § 4 d III EStG gestellt wird. Dieser Antrag bewirkt die Verteilung der Prämienzahlung (Einmalbetrag) als Betriebsausgabe bei der GmbH auf zehn Wirtschaftsjahre.  
(Frage: wie verteile ich diesen Vorteil auf Verkäufer? Barwert?)

31.10.2017

174

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Rechtsformspezifische Besonderheiten der GmbH

#### share deal

- In der späteren Rentenphase erzielt Gesellschafter-Geschäftsführer durch die Leistungen aus der Pensionszusage Einkünfte nach § 22 Nr. 5 EStG.
- Der Übertragungsvorgang auf die Unterstützungskasse ist für den Gesellschafter-Geschäftsführer steuerneutral. Diese Übertragungsmöglichkeit besteht allerdings nur bei rentennahen Personen (über 55 Jahre) oder bereits bestehenden Leistungsempfängern.
- Aufrechterhaltung der (rückversicherten) Pensionsansprüche mit der Vereinbarung, dass Pensionsansprüche max. in der Höhe zu zahlen sind, wie hierfür bei der GmbH Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung bestehen.
  - Dem Risiko einer Insolvenz der GmbH kann durch Sicherungsabtretung der Rückdeckungsversicherung begegnet werden.
- Gestaltung des Unternehmenskaufs als asset deal  
⇒ Pensionsverpflichtungen (und Kaufpreis) bleiben dann in der GmbH

31.10.2017

175

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand:

### Rechtsformspezif. Besonderh. der Personengesellschaft

- asset deal: Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, § 179a AktG analog
- Bei Übertragung der Anteile an einer GmbH & Co. KG besteht Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 4 GmbHG (rechtliche Einheit).
  - Wird anstelle des GmbH-Anteils der Komplementär-Anteil der GmbH an der KG abgetreten, gilt zwar nicht § 15 GmbHG, dafür aber wohl § 311 b III BGB.
  - Beurkundungspflicht kann vermieden werden, indem
    - zuvor eine Einheits-GmbH & Co. KG gebildet wird oder
    - Komplementär-GmbH im Zuge des Anteilskaufs ausgetauscht wird oder
    - Komplementär-GmbH vorab Vermögen erwirbt, das dann bei ihr verbleibt
- Festlegung, welche Gesellschafterkonten (Kapitalkonto I und II; Darlehenskonto; Verlustausgleichskonto) übergehen, ist wichtig.
- Sollen Ansprüche beim Verkäufer verbleiben (z.B. aus Darlehenskonto), ist dies ausdrücklich zu vereinbaren.

31.10.2017

176



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Weitere Besonderheiten

- Zustimmung des stillen Gesellschafters
- Zustimmung des Inhabers einer Unterbeteiligung, wenn Hauptbeteiligung veräußert wird.
- Bei Veräußerung einer Handelsgesellschaft nach Spaltung können sich besondere Haftungsrisiken des Käufers ergeben.
- Empfehlenswert ist eine Klarstellung, welche Unterlagen auf den Käufer übergehen sollen, insb. dann,
  - wenn sie sich im Eigentum eines Gesellschafters befinden.
  - wenn für Verkäufer Aufbewahrungspflicht besteht
    - ⇒ Vereinbarung eines Zugriffsrechts
- Veräußerung in einem Insolvenzverfahren ist besonderen Regelungen unterworfen (Einholung der Zustimmung der Gläubigerversammlung!)

31.10.2017

177

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufgegenstand

### Weitere Besonderheiten

#### Nebenverträge

- Fortführung von Geschäftsbeziehungen mit dem selbst unternehmerisch tätigen Verkäufer (z.B. Miete, Bezugs- oder Vertriebsverträge)
- Zusatzvereinbarungen können steuerliche Chancen, aber auch Risiken mit sich bringen.

#### Beispiel:

Beratervertrag mit Verkäufer führt zu Betriebsausgaben des Zielunternehmens. Der Verkäufer erzielt dann ein laufendes Entgelt als Gewerbetreibender oder Selbständiger.

- Abfindungszahlungen an den Verkäufer

31.10.2017

178



## Überblick Übergangstichtag / Bilanzen

### Allgemeines

### Einzelheiten zu den Bilanzen

### Gewinnzurechnung

31.10.2017

179



### Übergangstichtag / Bilanzen

#### Allgemeines:

- Übergangstichtag - Funktionen:
  - Zeitpunkt des wirtschaftlichen Übergangs des Unternehmens:
    - Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahr gehen auf den Käufer über
  - Bei steuerlicher Behandlung des Unternehmenskaufs wird regelmäßig auf Übergangstichtag abgestellt, § 39 AO.
  - Gewährleistungsgarantien werden auf diesen Tag abgegeben.
- Aufstellung einer Bilanz zum Übergangstichtag erforderlich oder zweckdienlich ⇒ Bilanz erfüllt folgende Aufgaben:
  - Beendet Verkäufer mit dem Unternehmensverkauf seine gewerbliche Tätigkeit, dient die Bilanz als Schlussbilanz. Beginnt Käufer mit dem Unternehmenskauf seine gewerbliche Tätigkeit, kann er aus Schlussbilanz seine Eröffnungsbilanz entwickeln.
  - Abgrenzung des dem Verkäufer und dem Käufer zuzurechnenden Gewinns (bedeutsam bei Personenunternehmen)
  - Asset-Kauf: Feststellung des übergehenden Vermögens durch Inventur

31.10.2017

180

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen

#### Allgemeines:

- Häufig ist Vereinbarung eines zukünftigen Übergangsstichtags bei gleichzeitiger Zugrundelegung der letzten vorliegenden Bilanz (insb. zur Anknüpfung der Garantien)
  - Gerade beim share deal sollte klar und konkret geregelt werden, welche Rechte und Pflichten am Übergangsstichtag auf den Käufer übergehen und welche sonstigen Wirkungen an diesem Tag eintreten.
  - Risiko von *Wertänderungen der übertragenen Geschäftsanteile*
    - trägt i.d.R. bereits ab Vertragsschluss der Käufer (ggf. Käufer als Mitgeschäftsführer bestellen und Stimmbindungsvertrag).
  - Steuerlich problematisch: Verlagerung der Wirkungen eines Unternehmenskaufs in ein späteres Wirtschaftsjahr (z.B. Steuerprivilegierung nach § 34 Abs. 3 EStG – ermäßigter Steuersatz, 56% vom Durchschnitt, für Veräußerer ab 55. LJ).
  - Erreichbar ist dies wohl nur durch eine einseitig bindende Option.

31.10.2017

181

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen

#### Allgemeines:

- Bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen ist Trennung von Übergangsstichtag und dinglichem Übergang problematisch.
  - Gesellschaftsanteil verkörpert zugehöriges Stimm- und Gewinnbezugsrecht, daneben Auskunfts- und Einsichtsrechte. Diese stehen i.d.R. dem zivilrechtlichen Inhaber des Anteils zu:  
=> wirtschaftlicher Übergang des Anteils hängt an dessen dinglicher Übertragung
  - *Empfehlung*: Dinglicher Übergang der Anteile mit Wirkung Übergangsstichtag
    - Ggf. auflösende Bedingung bei Nichtzahlung des Kaufpreises/Verpfändung.
  - Soll Stimmrecht unabhängig vom dinglichen Übergang übertragen werden, hilft nur Stimmrechtsvollmacht, soweit die Erteilung einer solchen Vollmacht satzungsmäßig nicht ausgeschlossen ist. (sog. „Abspaltungsverbot“)
- Bei Festlegung des Stichtags ist größte Sorgfalt geboten:
  - Veräußerung mit Wirkung zum 31.12., 24:00 Uhr treten die steuerlichen Wirkungen im Zweifel noch im abgelaufenen Jahr ein;
  - bei Veräußerung mit Wirkung zum 01.01., 0:00 Uhr im Zweifel im neuen Jahr.

31.10.2017

182

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen

### Einzelheiten zu den Bilanzen:

- Übergangsstichtag = Bilanzstichtag (meist 31.12. - Ende Geschäftsjahr)
  - => bis zu 4 verschiedene Bilanzen können aufgestellt werden:
  - Handelsbilanz, Steuerbilanz, Stichtagsbilanz, Abrechnungsbilanz
  - Im Einzelfall eine einzige Bilanz ausreichend, wenn diese sowohl handels- als auch steuerrechtlichen Vorschriften genügt (sog. Einheitsbilanz).
    - Aktivierungs-/Passivierungswahlrechte werden handelsrechtlich ausgeübt/nicht ausgeübt; um Aktivierungs-/Passivierungsverbot der Steuerbilanz zu entsprechen
- Übergangsstichtag ≠ nicht Bilanzstichtag
  - => es wird Zwischenbilanz (verbindlich nur für UKV-Parteien) aufgestellt.
  - Soll Zwischenbilanz auch für die steuerliche und handelsrechtliche Gewinnermittlung Anerkennung finden, müssen gesetzliche Voraussetzungen für ein Rumpfgeschäftsjahr vorliegen (§ 4a EStG=Zustimmung Finanzamt).
  - Zwischenbilanz ist bspw. beim share deal von Personengesellschaften auch für UKV-Parteien verzichtbar, wenn Verkäufer und Käufer mit einer rein zeitanteiligen Gewinnaufteilung einverstanden sind.

31.10.2017

183

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag Bilanzen

### Einzelheiten zu den Bilanzen:

- Steuerlich (=vom Finanzamt) wird eine Rückwirkung nur für einen kurzen Zeitraum anerkannt (6 Wochen, evtl. auch bis zu 3 Monaten).
  - => Steuerlich nicht möglich ist bei Veräußerung eines Personengesellschaftsanteils eine vertragliche Zurechnung des beim Veräußerer während des laufenden Wirtschaftsjahres bereits angefallenen Gewinnanteils beim Erwerber.
  - Bei Kapitalgesellschaft kommt es auf den Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses an!
- Für die zu erstellenden Bilanzen sollte vertraglich die aufstellende Person (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) festgelegt werden
  - Beide Parteien sollten WP beauftragen, damit beide Ansprüche gegen WP haben
  - Für Meinungsverschiedenheiten = Schiedsgutachterklausel.

31.10.2017

184

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen

### Einzelheiten zu den Bilanzen

#### Stichtagsbilanz (zum Übergangsstichtag)

- ermittelt das Ergebnis, das Verkäufer im Zeitraum zwischen letztem Bilanzstichtag und Stichtag erzielt hat. Ob sich daraus eine Anpassung eines vorläufigen Kaufpreises ergibt, muss im Kaufvertrag geregelt werden.
  - Z.B.: Übergewinn an Verkäufer/Mindergewinn=Nachzahlung an Käufer
- dient beim Erwerb eines Einzelunternehmens, von Personengesellschaftsanteilen oder assets einer Kapitalgesellschaft als Grundlage für die Zuordnung des bis zum Stichtag erzielten Gewinns.
- Beim Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen ist dagegen die Ausschüttung des Gewinns auf der Basis der Stichtagsbilanz zugunsten des Verkäufers problematisch, weil der zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses dann bereits dinglich abgetretene Gewinnanteil steuerlich vollständig Käufer zugerechnet wird (§ 20 V 1 + 2 EStG – s.u.).

31.10.2017

185

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen

### Einzelheiten zu den Bilanzen

#### Stichtagsbilanz

- Als Grundlage der Stichtagsbilanz wird i.d.R. entweder Handels- oder Steuerbilanz herangezogen.
  - Das ist im Unternehmenskaufvertrag zu regeln!
  - Sodann sind die konkreten Korrekturposten festzulegen. (z.B. zulässige Abschreibungen, Rückstellungen etc.)
  - Sofern für die Ergebnisabgrenzung unmittelbar die (nächste) Handels- oder Steuerbilanz zugrunde gelegt wird, kann Fortführung der bisher gewählten Bilanzierungs- und Bewertungsansätze vereinbart werden. Das ist häufige Praxis.

31.10.2017

186

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen

### Einzelheiten zu den Bilanzen

#### Abrechnungsbilanz

- Hier wird der Soll-Zustand des Unternehmens mit dem Ist-Zustand verglichen (betrifft insb. das Eigenkapital => ggf. Kaufpreisanpassung, § 266 III A HGB)
- Die Abrechnungsbilanz geht i.d.R. vereinbarungsgemäß von der Stichtagsbilanz aus und wird dann gem. den festgelegten Korrekturposten angepasst. Unterschiede können sich z.B. in folgender Hinsicht ergeben:
  - Vom Verkäufer zurückbehaltene Gegenstände (z.B. PKW) werden ausgebucht.
  - Beteiligungen/Grundstücke werden mit dem Ertragswert/Teilwert (statt Buchwert) angesetzt.
  - Für vom Käufer geplante Stilllegungsmaßnahmen wird nur hier eine Rückstellung gebildet.
- Differenzen werden meist über eine Kaufpreisanpassung ausgeglichen.
- Abrechnungsbilanz ermöglicht stufenweise Anpassung des Kaufpreises
  - Wenn Abrechnungsbilanz zu mehreren Stichtagen wiederholt wird;
  - Ausgleich von unberechtigten Ausschüttungen zwischen Vertragsschluss und Stichtag.

31.10.2017

187

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen - Einzelheiten zu den Bilanzen - Gewinnzurechnung

- Zivilrecht
  - Bei *Personengesellschaften* gilt die Regelung des § 101 Nr. 2 Hs. 2 BGB.
  - Fällt Übertragungsstichtag nicht mit Bilanzstichtag zusammen, ist Ergebnis zeitanteilig entsprechend der dinglichen Beteiligung aufzuteilen.
  - Bei *Kapitalgesellschaften* ist § 101 Nr. 2 HS 2 BGB anwendbar, jedoch ist nur der zur Ausschüttung beschlossene Gewinn für die interne Verteilung zwischen V und K maßgeblich (BGH NJW 1995, 1027, 1029). Die GmbH selbst zahlt immer an den im Zeitpunkt der Gewinnverwendung beteiligten Gesellschafter aus.
    - Wird nicht ausgeschüttet, wird zwischen V und K auch nicht verteilt
    - => K kann durch Thesaurierungsbeschluss Verteilung verhindern (Im KV regeln!)
    - Grenze: § 242 BGB (BGH NJW 2004, 912)
- Steuerrecht
  - Beim Erwerb von *Einzelunternehmen*, *assets von Gesellschaften* oder *Personengesellschaftsanteilen* ist steuerlich das bis zum Übergangsstichtag erzielte Ergebnis zwingend dem Verkäufer zuzurechnen.

31.10.2017

188

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen - Einzelheiten zu den Bilanzen - Gewinnzurechnung

#### ➤ Steuerrecht

- Beim Erwerb von *Kapitalgesellschaftsanteilen* ist das Ergebnis steuerlich dem zuzurechnen, der zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses Inhaber des Anteils ist (§ 20 V 1 und 2 EStG), also dem Erwerber, wenn der Gewinnausschüttungsbeschluss nach dem Erwerb (=wirtschaftlicher Übergang) gefasst wurde.
- Damit ist Gewinn vollumfänglich vom Käufer zu versteuern, auch wenn er den Gewinn ganz oder teilweise an den Verkäufer abführen muss. Zugleich erhöht die Gewinnabführung an den Verkäufer den Kaufpreis, den der Verkäufer ggf. versteuern muss, aber auch die Anschaffungskosten des Käufers.  
⇒ Wichtiger Regelungsbedarf!
- Vereinbarungen zur Gewinnzurechnung beeinflussen das Preis-/Leistungsverhältnis und somit den Kaufpreis.

31.10.2017

189

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag / Bilanzen

### Einzelheiten zu den Bilanzen

#### Gewinnzurechnung (BGH NJW 1995, 1027; 1998, 1314 und 3646)

Sachverhalt (angepasst): An der H-GmbH (SK: 100.000,-- €) sind S mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 49.000,-- € und X mit 51.000,-- € beteiligt. Wegen Differenzen wird der Anteil von S eingezogen und S als GF abberufen. S erklärt daraufhin seinen Austritt aus der Gesellschaft. Per Vergleich wird vereinbart, dass S zum 31.12. 2009 ausscheidet, der Anteil auf die GmbH übergeht und Einziehung und Abberufung aufgehoben werden. Im März 2010 stellt X die Jahresabschlüsse 2008 und 2009 fest und beschließt die Gewinne in Höhe von 1 Mio € an sich selbst auszuschütten. Im Juni 2010 geht GmbH in Insolvenz. Insolvenzverwalter (IV) verlangt aus eigenem und von S abgetreten Recht Zahlung von 490.000,-- € von X. Zu Recht?

#### 1. Gewinnanspruch der H-GmbH (IV) nach §§ 29 I 1; III 1 GmbHG

- Rechtsnatur: Mitgliedschaftliches Vermögensrecht und mit diesem untrennbar verbunden und nicht getrennt vom Geschäftsanteil übertragbar; mit Gewinnverwendungsbeschluss entsteht dann für ein bestimmtes Geschäftsjahr der isoliert abtretbare und verpfändbare schuldrechtliche Anspruch auf Auszahlung des Gewinns
- Wirksamer Gewinnverwendungsbeschluss?
  - Eigener Geschäftsanteil der GmbH => keinerlei Vermögens/Verwaltungsrechte, § 33 GmbHG, also auch kein Stimmrecht

31.10.2017 => wirksamer Gewinnverwendungsbeschluss

190

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



(BGH NJW 1995, 1027)

Gewinnbezugsrecht der GmbH aus eigenem Anteil?

- Dieses Vermögens-Recht ruhte genauso wie Verwaltungsrechte aus dem GmbH-Anteil

Durfte Gewinn an Gesellschafter X ausgeschüttet werden?

- 1. Meinung: nein, muss zunächst in Rücklagen der GmbH eingestellt werden; wenn man dieser Meinung folgt, dann Zahlungsanspruch der GmbH gegen X (§ 280 I BGB).

- h.M.: ja, arg.: Gläubiger und Schuldner des Gewinnanspruchs ist dieselbe Person, nämlich die GmbH => Konfusion, d.h. der Anspruch der GmbH entsteht erst gar nicht

- Indem Gewinn komplett an X ausgeschüttet wird, wird der GmbH also kein Anspruch entzogen

2. Schuldrechtlicher Zahlungsanspruch der GmbH gegen X aus §§ 101 Nr. 2 HS 2 BGB?

a) Vorschrift grundsätzlich auf Gewinnverteilung im Verhältnis Veräußerer/Erwerber anwendbar + gilt für alle noch nicht gefassten Gewinnverwendungsbeschlüsse für bereits abgelaufene Geschäftsjahre; ausdrücklich wurde auch keine abweichende Vereinbarung getroffen.

b) hier: GmbH selbst hat Geschäftsanteil von S erworben

- § 101 BGB setzt für Teilhabe voraus, dass Früchte auch tatsächlich gezogen wurden

- deswegen z.B. kein Anspruch, wenn Berechtigter Früchte nicht gezogen hat, also z.B.

Gewinne in Rücklagen eingestellt werden (RG JW 1913, 193 f.) – Ausnahme: § 987 II BGB

- hier bestand gar kein Fruchtziehungsrecht der GmbH selbst (s.o. – Ruhen der Anteilsrechte)

c) Anspruch nach § 257 BGB nur wenn b) (+)

- nein, da GmbH selbst kein Bezugsrecht auf den Gewinn hat, steht dieser den verbliebenen Gesellschaftern zu; X hat den Gewinn aufgrund eigenen Rechtes erworben!

31.10.2017

191

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Übergangsstichtag /Bilanzen – Gewinnzurechnung (kurzes Muster für EK)

„Der Käufer übernimmt das gesamte Unternehmen zum heutigen Tage.

**Eine Zwischenbilanz soll aber nicht erstellt werden. Was die Ertragssteuern für das laufende Kalenderjahr betrifft, soll dem Verkäufer ein Gewinn in Höhe der Entnahmen zugerechnet werden, die er seit Beginn des Geschäftsjahrs getätigt hat; im Übrigen sind Gewinne und Verluste bzw. Gewerbeerträge positiver und negativer Art dem Käufer zuzurechnen. Wenn und soweit die steuerliche Behandlung davon abweichen sollte, verpflichten sich die Vertragsteile wechselseitig, sich so zu stellen, wie sie stehen würden, wenn die Vereinbarung steuerlich anerkannt worden wäre. Der Verkäufer wird sich so verhalten, dass der Käufer nicht von einer Berichtigung des Vorsteuerabzugs betroffen wird. Wird umgekehrt die Berichtigung eines Vorsteuerabzugs vom Käufer ausgelöst, so hat er den Verkäufer von daraus entstehenden Zahlungspflichten zu befreien.“**

31.10.2017

192



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Überblick: Kaufpreis

#### Allgemeines und Unternehmensbewertung

#### Kaufpreisaufteilung

#### Kaufpreisanpassung

#### Sicherung des Leistungsaustausches

#### Kaufpreisfinanzierung

#### Sonstiges

31.10.2017

193

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis      Allgemeines

#### ➤ Kaufpreismodelle

- Festpreisklauseln (Locked-Box-Verfahren)
- Berücksichtigung zukünftiger Ereignisse
  - Bedingt durch Auseinanderfallen von Signing (Vertragsschluss), Effective Date (Übergangsstichtag) und Closing Date (Dingliche Übertragung)
- Earn Out Modelle

#### ➤ Berechnungsgrundlage/Ermittlung des Werts des Unternehmens

- Das **Substanzwertverfahren**
  - Netto-Eigenkapital zu Buch- oder Verkehrswerten unter Abzug der Verbindlichkeiten; zukünftige Gewinne werden nicht berücksichtigt
  - Firmenwert oder spezifisches Know-How werden ebenfalls nicht berücksichtigt
  - wird meist nur noch zur Feststellung des Mindestunternehmenswerts verwandt.
- **Ertragswertmethode**, wobei der Unternehmenswert durch Diskontierung (zur Ermittlung des sog. Barwerts) der dem Unternehmensinhaber voraussichtlich zufließenden Überschüsse (=Ermittlung des nachhaltig erzielbaren Gewinnes) berechnet wird

31.10.2017

194

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis Allgemeines

- Eine besondere Art der Ertragswertmethode stellt das DCF-Verfahren (**Discounted-Cash-Flow-Verfahren**) dar.
  - Verfahren hat sich in der M&A Praxis durchgesetzt
  - Hier wird auf künftige cash flows, also Jahresüberschüsse, korrigiert – nach oben - um nicht zahlungswirksame Aufwendungen und Erträge (insb. Abschreibungen und Rückstellungen), abgestellt.
  - Cash-Flow ist der Saldo der Ein- und Auszahlungen eines Jahres
  - Cash-Flow wird abgezinst (diskontiert), wobei unternehmensspezifische Risiken (sog. Beta-Faktoren) zu berücksichtigen sind.
- **Multiplikatorenverfahren**
  - Unternehmenskennzahlen werden mit einem branchenüblichen Faktor multipliziert:
    - EBT (earnings before tax) – equity value multiples
    - EBIT (earnings before interest and tax) – Enterprise value multiples (EVP)
    - EBITDA (earnings before interest, tax, depreciation and amortization) - EVP

31.10.2017

195

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis Allgemeines

- Im Vertrag muss klar geregelt werden, wofür genau der ursprüngliche Kaufpreis bezahlt wurde (wichtig für evtl. Kaufpreisanpassungen). Deshalb ist die Berechnungsgrundlage (s.o.) für den Unternehmenswert=Kaufpreis so wichtig.
- Wichtig ist Sicherung des Leistungsaustausches, insb. sollte Fall einer möglichen Insolvenz eines Vertragsteils bedacht werden.
- Soweit Sicherheiten (z.B.: Bürgschaften/Grundschulden) abzulösen sind, ist eine entsprechende Zahlungsweise zu vereinbaren.

31.10.2017

196

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisaufteilung

- Hat vor allem steuerrechtliche Auswirkungen:
- Interesse Erwerber: großer Teil des Kaufpreises sollte auf kurzfristig abschreibungs-  
fähige Wirtschaftsgüter (zB: GWG -1J.-, Know-How -5J.-; PKW -6J.-) entfallen.
- Liegt der Kaufpreis beim Erwerb von Personenunternehmen über dem Buchwert
  - => ertragsteuerlich zunächst: Buchwerte sind auf den Teilwert aufzustocken.
  - Soweit der Kaufpreis auch die Summe der Teilwerte übersteigt, ist ein erworbener Geschäftswert zu aktivieren.
  - Bei der Aufstockung der Teilwerte besteht ein gewisser Bewertungsspielraum, in dessen Rahmen eine im Vertrag aufgenommene Aufteilung auch vom Finanzamt innerhalb angemessener Grenzen anerkannt wird.
- Vereinbarte Sondervergütungen können sofort als Betriebsausgabe abgezogen werden, z.B.
  - Entgelt für ein Wettbewerbsverbot des Verkäufers oder ausscheidende Geschäftsleitungsmitglieder

31.10.2017

197

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisaufteilung

- Provisionen an Makler
- Ablöse für die Beendigung von Dienst- bzw. Arbeitsverhältnissen.
- Kaufpreisaufteilung kann auch für Verkäufer von Bedeutung sein, z.B. im Hinblick auf die Inanspruchnahme einer Reinvestitionsrücklage gem. § 6b EStG
  - => möglichst hoher Kaufpreisanteil für reinvestitionsfähiges Wirtschaftsgut (z.B. Grundbesitz) wünschenswert!
  - widerspricht Erwerber-Interesse, da für Aufbauten auf Grundbesitz lange Abschreibung (50 J.)
- Zivilrechtlich sollte Kaufpreisaufteilung eine rein tatsächliche Angabe über die Kalkulationsgrundlagen des Kaufpreises darstellen.

31.10.2017

198

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisanpassung

- Wichtiger Grund für Anpassungen sind Veränderungen des Unternehmens und damit von Faktoren, die die Unternehmensbewertung ausgemacht haben, zwischen dem Vertragsschluss und dem Übergangstichtag.
- Unter Umständen kann aber auch auf Regelungen zur Kaufpreisanpassung verzichtet werden, z.B.
  - wenn der Käufer das Unternehmen besonders gut kennt, insb. beim MBO oder beim Verkauf an einen Mitgesellschafter
  - wenn Kaufpreisanpassung auf andere Weise ersetzt wird, z.B. durch entsprechend erweiterte Gewährleistungsregelungen
- Faustregel:  
Je höher die Wahrscheinlichkeit der Erforderlichkeit einer Anpassung und je größer das Rechtssicherheitsbedürfnis der Vertragsteile, desto eher sollten Kaufpreisanpassungsklauseln verwendet werden.

31.10.2017

199

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisanpassung

- Nicht selten wird eine Kaufpreisanpassung auf der Basis des bilanzmäßigen Eigenkapitals (§ 266 III A HGB – lesen!) vereinbart.
  - Festlegung einzelner Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze, d.h. Anpassung bei Änderung Kapital- und Gewinnrücklagen, Gewinn- und Verlustvorträgen; Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag
  - Wird darauf verzichtet, sollte zumindest festgehalten werden, dass die Bilanzierung nach den gleichen Grundsätzen wie bei der letzten Bilanz zu erfolgen hat (sog. Bilanzstetigkeitsklausel).
- Bei Bestimmung des Kaufpreises auf der Basis des Ertragswerts erscheint eine Anpassung nach dem Eigenkapital oder einzelner Bilanzposten im Übrigen nicht unbedingt konsequent (vgl. im Rahmen der Gewährleistung auch BGH VIII ZR 186/75).

31.10.2017

200

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisanpassung

- Im übrigen können verschiedene weitere Auslöser für eine Kaufpreisanpassung vereinbart werden, z.B.
  - Verkauf „schuldenfrei und ohne Kassenguthaben“ („**cash and debt free**“), d.h. die entsprechenden Salden sind vom Verkäufer auszugleichen bzw. werden bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt. Welche Salden sind das?
    - Cash: Bankguthaben, Kassenbestände, Schecks (§ 266 II B IV HGB) sowie liquide Wertpapiere des Umlaufvermögens (§ 266 II B III HGB)
    - Debt: Anleihen/Schuldverschreibungen (§ 266 III C 1 HGB), Bankverbindlichkeiten, Verbindlichkeiten ggü verbundenen Unternehmen (§ 266 III C 6 HGB)
  - Anpassungen auf der Basis eines noch festzustellenden **cash flow, Ebit oder Ebitda** (Berechnungsgrundlagen näher definieren!)
  - Wegfall wichtiger Gewinnfaktoren oder bestimmter Verlustursachen
  - Nicht unüblich ist die nachträgliche Kaufpreiserhöhung aufgrund höherer Erträge in den Jahren nach Verkauf (**earn out oder vendor finance**)
- Klar zu regeln ist, ob der Verkäufer ggf. auch zur (teilweisen) Rückzahlung des bereits empfangenen Kaufpreises verpflichtet sein soll.

31.10.2017

201

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisanpassung

Fall OLG Hamm 27 U 213/04 vom 14.6.2007 – earn out durch Mehrerlösklausel

SV: Die Parteien hatten einen Share-Deal über GmbH-Anteile geschlossen. Der Vertrag wies eine sog. „Mehrerlösabführungsklausel“ auf. Demnach sollte dem Verkäufer für den Fall, dass der Käufer die erworbenen Geschäftsanteile zu einem höheren Kaufpreis weiterveräußern würde, die Hälfte des Mehrerlöses zustehen. Der Käufer verkaufte die Anteile nicht weiter. Die GmbH gliederte jedoch einen wesentlichen Teil des Geschäftsbetriebes auf eine Tochter-GmbH aus und verkaufte später 80 % ihrer Anteile an dieser T-GmbH an einen Dritten. Der Verkäufer war der Ansicht, ihm stünde die Hälfte des Mehrerlöses aus dem Verkauf zu.

Das OLG gab dem Verkäufer Recht: Eine Mehrerlösklausel, die ihrem Wortlaut nach zur Erlösabführung im Fall eines Share-Deals verpflichtet, sei in der Weise auslegungsfähig, dass sie auch eine wirtschaftlich vergleichbare Transaktion in der Form des Asset-Deals erfasst. Diese lag zwar nicht in der Ausgliederung selbst, aber in dem anschließenden Verkauf der Geschäftsanteile an der T-GmbH. Damit war die Mehrerlösklausel anzuwenden. Der Anspruch richtet sich gegen Käufer und nicht gegen die T-GmbH.

31.10.2017

202

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Einfache Kaufpreisanpassungsklausel bei Bestimmung Kaufpreis über Ertragswert

*„Der Kaufpreis beträgt 1.624.000,-- €. Er ist fällig, sobald die zur Eintragung bewilligte Vormerkung an ausschließlich erster Rangstelle eingetragen ist. Wegen seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises unterwirft sich der Käufer der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde; die vertragsmäßige Eintragung der Vormerkung ist Vollstreckungsvoraussetzung.*

*Bei der Bemessung des Kaufpreises gehen die Vertragsteile davon aus, dass im laufenden Geschäftsjahr ein Gewinn aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit ("EGT") gemäß HGB (§ 275 II Nr. 1 bis 8 - Betriebsergebnis - plus 9 bis 13 - Finanzergebnis = EGT) von nicht weniger als 280.000,00 € erzielt werden wird. Sollte dies nicht erreicht werden, so hat der Verkäufer für je volle 1.000,00 € Mindergewinn 5.800,00 € des Kaufpreises (ohne Zinsen) zurückzuzahlen. Dies gilt entsprechend auch bei Verlusten aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit.“*

31.10.2017

203

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Differenzierte Anpassungsklausel bei Bestimmung Kaufpreis über Ergebnis aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit vor Zinsen und Steuern (EBIT)

*„1. Die vorstehend festgelegte Kaufpreisklausel (10 Mio €) zu a) ist fest (Mindestkaufpreis). Die vorstehend unter b) und c) aufgeführten Kaufpreisklauseln über je 1 Mio € sind abhängig von den Jahresergebnissen vor Zinsen, Körperschaft- und Gewerbesteuer und vor erfolgsabhängiger Vergütung des Verkäufers, der nach besonderer Vereinbarung noch für eine Übergangszeit bis zum Ende des Geschäftsjahres 2016 als Geschäftsführer tätig ist (EBIT).*

*2. Beträgt der in 2018 erzielte EBIT nicht mindestens 2 Millionen €, so mindert sich die vorstehend unter lit. b) genannte Rate von 1 Million € um das 5 fache der Differenz zwischen dem Soll EBIT von 2 Millionen € und dem tatsächlich erzielten EBIT. Erreicht der EBIT 2019 nicht den Betrag von 2,2 Millionen €, so mindert sich die vorstehend unter lit. c) aufgeführte Kaufpreisklausel von 1 Million € um das fünffache des Differenzbetrages zwischen dem Soll-EBIT und dem tatsächlich erzielten EBIT.*

*3. Die Kaufpreisanpassung nach Ziff. 2. führt jedoch nicht zu negativen Kaufpreisklauseln.*

*4. Bei der Berechnung der EBIT's sind jeweils von der Käuferin veranlasste Maßnahmen, wenn und soweit sie die Ergebnisse der Gesellschaft negativ beeinflusst haben, zu eliminieren. Die Jahresabschlüsse und die Buchhaltung 2018 sowie 2019 werden weiterhin von dem bisherigen Steuerberater der Gesellschaft in Übereinstimmung mit den bisherigen Bilanzierungsgrundsätzen der Gesellschaft, die als Anl. 1 zu diesem Vertrag beigefügt sind, erstellt.*

*5. Wenn und soweit sich die Vertragsparteien über die Jahresabschlüsse 2018 oder 2019 der Gesellschaft oder den jeweils relevanten EBIT nicht einigen können, soll eine bindende Entscheidung von dem Schiedsgutachter gemäß § 7 getroffen werden.“*

204

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreisanpassung bei Bestimmung KP über Eigenkapital (§ 266 III A HGB) - ggf. zusätzlich zu EBIT - Regelung

#### „ § 3 Kaufpreisanpassung

##### (1) (Eigenkapitalanpassung)

Der Kaufpreis gemäß § 2 Abs. 1 dieses Vertrages wird um jeweils 1,00 € erhöht für jeden 1,00 €, um den das Eigenkapital der Gesellschaft (nachfolgend »Eigenkapital«) im Sinne des § 266 Abs. 3 A HGB höher ist als 500.000,-- €. Unterschreitet das Eigenkapital diesen Betrag, verringert sich der Kaufpreis um den Differenzbetrag. Maßgeblich für die Höhe des Eigenkapitals ist der gemäß § 4 dieses Vertrages aufzustellende und zwischen den Parteien verbindlich gewordene Zwischenabschluss zum 30.09.2017.

##### (2) (Anpassung Finanzverbindlichkeiten)

Der Kaufpreis gemäß § 2 Abs. 1 dieses Vertrages wird darüber hinaus um den Betrag reduziert, um den die Finanzverbindlichkeiten der Gesellschaft einen Betrag i.H.v. 200.000,-- € übersteigen. Unterschreiten die Finanzverbindlichkeiten diesen Betrag, erhöht sich der Kaufpreis um den Differenzbetrag. Der Begriff »Finanzverbindlichkeiten« meint dabei alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber Kreditinstituten und sonstigen Darlehensgebern, einschließlich dem Verkäufer und mit ihm im Sinne von § 15 AktG verbundenen Unternehmen. Klargestellt wird, dass Finanzverbindlichkeiten passivierte Leasingverbindlichkeiten einschließen. Finanzverbindlichkeiten umfassen jedoch nicht Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, sofern deren Fälligkeit um nicht mehr als 90 Tage überschritten worden ist.

##### (3) (Verzinsung)

Der Gesamtbetrag, um den sich der Kaufpreis gemäß vorstehenden Absätzen 1 und 2 erhöht oder verringert, ist von der jeweils ausgleichspflichtigen Partei zuzüglich Zinsen von 4 % seit dem Übernahmestichtag (30.09.2017) innerhalb von zwei Tagen zu entrichten, nachdem und soweit der Zwischenabschluss gemäß § 4 Abs. 3 dieses Vertrages zwischen dem Verkäufer und dem Käufer verbindlich geworden ist.“

31.10.2017

205

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Sicherung des Leistungsaustausches

#### ➤ **asset deal**

- Eintragung einer Auflassungsvormerkung, wenn ein Grundstück einbezogen ist. (= Sicherung des Käufers)
- Bezüglich beweglicher Gegenstände und Forderungen kann mit einem Eigentumsvorbehalt bzw. einer aufschiebend bedingten Abtretung gearbeitet werden. (=Sicherung des Verkäufers)

#### ➤ **share deal**

- Sicherung des Verkäufers durch aufschiebend bedingte Anteilsabtretung
- Schwierigkeit:
  - erschwerte Feststellung des genauen Zeitpunkts des dinglichen Übergangs
  - Eintritt der Bedingung muss ohne jede Schwierigkeit feststellbar und nachweisbar sein.
  - Bei großen Unternehmenskäufen nach „angelsächsischem Modell“ erfolgt die Anteilsübertragung durch gesonderte Urkunde („Two-Step-Model“ - Closing-Urkunde)
- Alternativen:
  - sofort wirksame Anteilsabtretung, jedoch unter der auflösenden Bedingung, dass der Verkäufer wegen Zahlungsverzugs des Käufers wirksam den Rücktritt erklärt.
  - Verpfändung der gekauften Anteile an den Verkäufer.

31.10.2017

206

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Sicherung des Leistungsaustausches

#### > share deal

- Soll Erfüllungsinteresse des Verkäufers (Kaufpreis/Kaufpreisnachzahlung) abgesichert werden, muss Käufer für seine Zahlungspflicht zusätzliche Sicherheiten stellen:
  - z.B. Bürgschaft und
  - schon am Anfang der Vertragsverhandlungen Finanzierungszusage einer Bank.
  - Bei Beurkundung: Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach § 794 I Nr. 5 ZPO
- In Betracht kommt auch Abwicklung über ein Treuhandkonto.
- Sicherung des Käufers nur mittelbar möglich. Da es keinen Gutgläubensschutz gibt, ist Kauf von Anteilen Vertrauenssache. Sicherung des Käufers für den Fall der Nichteinhaltung der Verkäuferpflichten könnte aber über eine Bürgschaft oder einen (teilweisen) Kaufpreistrückbehalt gewährleistet werden.
  - sorgfältige rechtliche Due Diligence hinsichtlich Erwerb der Anteile durch Verkäufer besonders wichtig!

31.10.2017

207

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisfinanzierung

- > Viele Unternehmenskäufe erfolgen mit hoher Fremdfinanzierung („LBO“ = Leveraged Buy-out), die durch Privatkredite („Private Debt“) sichergestellt wird.
- > Unter Umständen kann für **Finanzierung auch das Vermögen des Zielunternehmens** nutzbar gemacht werden.
  - Unkompliziert ist dies beim **asset deal** möglich (zB Grundschild). Finanzierungszinsen sind dann auch als Betriebsausgaben abzugsfähig.
  - Beim Erwerb von **Personengesellschaften** im Wege des **share deals** kann Käufer das Vermögen der Gesellschaft ebenfalls als Beleihungsgrundlage für seine Finanzierung verwenden.

31.10.2017

208



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisfinanzierung

- Beim Einsatz des Vermögens einer **GmbH** als Sicherheit bei der Kaufpreisfinanzierung ergeben sich aus §§ 30 f. GmbHG Schranken. Hier wird eine unzulässige Rückgewähr angenommen, wenn der Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter im Falle einer Inanspruchnahme der von der GmbH gestellten Sicherheit nicht vollwertig ist.
  - Auf welchen Zeitpunkt bei der Prüfung der Werthaltigkeit abzustellen ist, ist nicht abschließend geklärt (Sicherheitenbestellung oder Inanspruchnahme)
  - Eine unzulässige Sicherheitenstellung durch die GmbH kann sowohl zu einer Haftung des Erwerbers als auch des Veräußerers führen, (BGH Z 173, 1).
  - Ist der finanzierende Anteilserwerber (#Erwerber/GF-GmbH; BGH NJW 04,1011) im Einzelfall zugleich Geschäftsführer der GmbH, folgt aus § 43a GmbHG die Unzulässigkeit der Darlehensgewährung und Sicherheitenbestellung.
  - Zulässig ist eine Sicherheitenbestellung i.d.R. i.R. eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (vgl. § 30 I 2 GmbHG; 291 III AktG). § 43 a GmbHG bleibt hingegen auch dann anwendbar!

31.10.2017

209

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisfinanzierung (BGHZ 173, 1)

*Sachverhalt:* V war mit 96% und K über die ihm zu 100% gehörende H-GmbH mit 4% an der Z-GmbH beteiligt. V war zugleich von § 181 BGB befreiter GF der Z-GmbH. K kaufte 2001 die Geschäftsanteile des V für 2 Mio €. Die Anteilsabtretung erfolgte aufschiebend bedingt auf die Kaufpreiszahlung. Zur Absicherung der Kaufpreisforderung trat die Z-GmbH ein von ihr bei der Sparkasse S geführtes Wertpapierkonto an V ab. Da K zum Fälligkeitszeitpunkt nicht zahlte, verlangte V von der S die Verwertung der Wertpapiere und ließ sich den Erlös von 1,5 Mio€ auszahlen. Im Zeitpunkt der Wertpapierverwertung (8/2001) bestand bei der Z-GmbH eine Unterbilanz in Höhe von 1 Mio €, die im Jahre 2002 wieder ausgeglichen wurde.

Z-GmbH verlangt 2003 von V und K Rückzahlung von 1 Mio €. Zu Recht?

31.10.2017

210

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis Kaufpreisfinanzierung (BGHZ 173, 1; vgl. BGH II ZR 93/16)

#### Anspruch nach §§ 31 I; 30 I 1 GmbHG?

- Unzulässige Auszahlung = Verwertung der Sicherheit durch Bank
  - nicht erst mit Auszahlung des Verwertungserlös, sondern bereits mit Verwertung des Depots, also z.B. Verkauf der Aktien, Staatsanleihen etc.
  - Arg.: Inhaber des Wertpapierdepots kraft Abtretung war der Gesellschafter V.
- Unterbilanz = Buchmäßiges Reinvermögen der Gesellschaft erreicht den Betrag des Stammkapitals nicht mehr. Das Eigenkapital wird also aufgezehrt.
  - Übersteigt der Verlust das gesamte Eigenkapital, so tritt Überschuldung ein.
- V=Gesellschafter? Ja, da er erst mit Wirksamwerden der Abtretung = Kaufpreiszahlung ausscheidet => (+)
- K=Gesellschafter? Es besteht Zusammenhang der Verwertung mit der künftigen Gesellschafterstellung des K. Die Auszahlung nach Verwertung des Wertpapierdepots führt zu anteiligen Tilgung der Kaufpreiszahlungsverpflichtung des K => (+)
- Gesamtschuldnerische Haftung nach § 421 Satz 1 BGB.
  - Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 I 1; II 1 BGB nur im Innenverhältnis

31.10.2017

211

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis Aufbauschema zu §§ 30, 31 GmbHG

#### Anspruch auf Zahlung nach §§ 31 I; 30 I 1 GmbHG?

1. Verstoß gegen § 30 I GmbHG
  - a. Auszahlung an Gesellschafter/verdeckte Gewinnausschüttung
    - i. Gesellschafter oder von ihm beherrschter Dritter oder wirtschaftlicher Gesellsch.
    - ii. Auszahlung neben Zahlungen auch sonstige Vermögensminderungen
  - b. Verneinung der Auszahlung bei Gegenleistungen des Gesellschafters?
    - i. angemessene Gegenleistung/Drittvergleich
    - ii. nicht gegeben bei krassem Missverhältnis
  - c. Beeinträchtigung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderl. Vermögens
    - i. Unterbilanz=Reinvermögen deckt nicht mehr die Stammkapitalziffer
    - ii. Reinvermögen=Summe der Aktiva minus Verbindlichkeiten und Rückstellungen
    - iii. gilt auch dann, wenn GmbH bereits überschuldet ist (Vertiefung/Erst-Recht-Schluss)
  - d. Kein vollwertiger Gegenleistungsanspruch (§ 30 I 2 GmbHG)
    - i. Anspruch aus § 31 I GmbHG zählt dazu nicht, sonst § 30 I 1 GmbHG inhaltsleer
2. Inhalt des Anspruchs?
  - a. Grundsatz:Geldzahlung - bei Sachleistungen:Rückübertragung der Sache

31.10.2017

212

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Aufbauschema zu §§ 30, 31 GmbHG

1. ...
2. ...
3. Erlöschen des Anspruchs?
  - a. bei Wiederauffüllen des Stammkapitals?
    - i. Umkehrschluss aus § 31 II GmbHG (Gesellschafter im Bsp. bösgläubig und daher Rückerstattungspflicht unabhängig von Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung)
    - ii. Keine Zweckerreichung, da Einlageverpflichtung nicht durch anderweitige Abdeckung des Stammkapitals (z.B. aus erwirtschafteten Gewinnen) erlischt.
  - b. durch Aufrechnung?
    - i. Gebot der realen Kapitalaufbringung
    - ii. Rechtsgedanke des § 19 II 2 GmbHG => Aufrechnung nur in diesen Fällen zulässig!
4. Ausschluss wegen Gutgläubigkeit nach § 31 II GmbHG?
5. Geltendmachung nach § 46 Nr. 2 GmbHG?
  - a. nein, Gesellschafter dürfen es nicht selbst in der Hand haben, ob Anspruch durchgesetzt wird

31.10.2017

213

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Kaufpreisfinanzierung

- Einsatz des Vermögens einer **GmbH (Fortsetzung)**:
  - Unbedenklich ist die Absicherung der Finanzierung durch die Verpfändung der erworbenen Geschäftsanteile (oder deren Sicherungsübereignung).
  - Eine Nutzung des cash-flow der GmbH zur Bedienung von Zins und Tilgung kann nur durch Umwandlung (in PersHG) oder einen nachgeschalteten asset deal bzw. den gewinnbringenden Verkauf von Einzelwirtschaftsgütern, verbunden mit einer entsprechenden Gewinnausschüttung erreicht werden.
- Für den Erwerb von Kapitalgesellschaften sind Modelle zur Finanzierung des Unternehmenskaufs (=Praxis!) entwickelt worden, so z.B.
  - der Erwerb einer Target-GmbH durch eine (den Kaufpreis teils fremdfinanzierende) „NewCo“-GmbH mit anschließender Verschmelzung auf die Target-GmbH (debt push down) oder
  - umgekehrt (merger buy out), so dass dann die Finanzierungszinsen mit den Gewinnen der Ziel-GmbH beglichen werden können.
  - Begründung einer Organschaft (=Gewinnabführungsvertrag) zwischen Target-GmbH und New-Co GmbH führt zu demselben Ziel.

31.10.2017

214

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Kaufpreis

### Sonstiges

- Bestimmung der Fälligkeit des Kaufpreises erfordert Sorgfalt.
  - Sicherungsbedürfnis des Käufers ist zu beachten.
    - Evtl. angemessenen Kaufpreistrückbehalt bis zum Ende der Gewährleistungsfrist vorsehen.
    - Bestellung von Gewährleistungsbürgschaften
    - Teilkaufpreis auf Treuhandkonto und Auszahlung nach bestimmten Bedingungen
  - Bei einer Mehrheit von Verkäufern und/oder Käufern wird häufig die Vereinbarung eines Gesamtkaufpreises i.V.m. der Vereinbarung einer Gesamtschuldner- bzw. –gläubigerschaft gewollt sein. Ergänzt wird dies dann durch entsprechende Ausgleichsregelungen im Innenverhältnis.
  - Ausschluss der Abtretung der Kaufpreisforderung, so dass Käufer nur an Verkäufer zahlen muss.

31.10.2017

215

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken

#### Firmen- und Geschäftsführung

#### Steuerliche Haftungsrisiken

#### Öffentlich rechtliche Haftungsrisiken (Subventionen/ Umwelthaftung/ Sonstiges)

#### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken

31.10.2017

216

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### ➤ Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken

- Beim **Erwerb eines GmbH-Anteils** übernimmt der Käufer gem. § 16 II GmbHG die Haftung für im Zeitpunkt der Berichtigung der Gesellschafterliste im HR rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil, insbesondere Haftung für:
  - nicht ordnungsgemäß erbrachte Stammeinlagen gem. § 9 GmbHG (zur Verjährung der Einlageforderungen der GmbH s. § 19 Abs. 6 GmbHG -10 Jahre!)
  - nicht erfüllte Einlageverpflichtungen von Mitgesellchaftern (Ausfallhaftung gem. § 24)
  - Rückerstattung verbotener Auszahlungen (§§ 30, 31 I, III, VI GmbHG; BGHZ 173,1)
  - § 26 GmbHG – Haftung für vereinbarte Nachschüsse
  - § 3 II GmbHG – Haftung für übernommene Nebenverpflichtungen des Verkäufers
- Rückzahlung Gesellschafterdarlehen an Veräußerer im letzten Jahr vor Insolvenz
  - Jetzt: § 39 I Nr. 5 InsO => führt nicht mehr zu einer Haftung des Erwerbers (vgl. § 30 I 3 GmbHG), sondern nur zu einer Rückzahlungspflicht des Veräußerers (nach Anfechtung durch Insolvenzverwalter - § 135 I Nr. 2 InsO).
  - Deshalb zum Schutz des Verkäufers: Gesellschafterdarlehen an Käufer im UKV abtreten!
  - Frage: Haftet Verkäufer gesamtschuldnerisch bei Rückzahlung Darlehen an Käufer?
    - BGH vom 21.2.2013 – IX ZR 31/12 => bei isoliertem Verkauf Darlehen: ja!
    - Gilt das auch bei Verkauf Darlehen zusammen mit Geschäftsanteilen?

31.10.2017

217

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### OLG Köln ZIP 2011. 963

Die kriselnde K-GmbH hatte ein Bankdarlehen (3 Mio €) erhalten, für das sich der Alleingesellschafter X verbürgt hatte. Mit dem Geld aus einer Kapitalerhöhung löste die GmbH das Darlehen ab; X wurde damit von seiner Bürgenverpflichtung befreit. Danach veräußerte X seine Geschäftsanteile an der K-GmbH. Nachdem die K-GmbH in Insolvenz gefallen war, forderte der Insolvenzverwalter von dem Erwerber Y der Geschäftsanteile Zahlung in Höhe des von der Gesellschaft abgelösten Bankdarlehens. Zu Recht?

#### 1. Anspruch nach §§ 30 I 1, 31 I, 16 II GmbHG?

1.1. Auszahlung an den Gesellschafter X: ja Leistung an einen Nichtgesellschafter, Bank, stellt hier objektiv eine mittelbare Leistung an Gesellschafter dar (Befreiung aus Bürgschaft) => Erstattungsanspruch der GmbH gegen X gemäß § 31 I GmbHG.

1.2. Haftet dafür auch Y nach § 16 II GmbHG? => Haftung für rückständige Einlagen.

1.2.1. h.L.: nein, da § 31 I „persönlicher Anspruch“, auf den § 16 II nicht zutrifft.

1.2.2. OLG Köln: Anspruch hat mitgliedschaftsrechtlichen Charakter, Kapitalerhaltung sei die Kehrseite der Kapitalaufbringung („Einlage“). Gegen eine persönliche Schuld des Veräußerers X spreche auch die gesetzliche vorgesehene Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nach § 31 III GmbHG => Anspruch (+)!

31.10.2017 Praxis: Dasselbe dürfte für die Ausfallhaftung nach § 31 III GmbHG gelten.

218

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

Ggf. Alternativlösung durch Insolvenzanfechtung bei Gter-Sicherheiten

- Anspruch nach §§ 135 II i.V.m. 143 III InsO:

- Gter Sicherheit für Drittgläubigerforderung, die im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnungsantrag befriedigt wird (Tatfrage - SV offen)
- Rechtsfolgen - § 143 III InsO:  
Frei gewordener Gesellschafter muss
  - das an den Drittgläubiger zurückgezahlte Darlehen der Gesellschaft im Wert der Sicherheit zur Verfügung stellen und hat selbst nur eine Insolvenzforderung
  - Oder die Sicherheit der Gesellschaft (=Insolvenzmasse) zur Verfügung stellen, im Beispielsfall also Bürgschaft erneut begründen

31.10.2017

219

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Vertragliche Regelung zu gesellschaftsrechtlichen Risiken (GmbH)

Die Verkäufer erklären per Datum des Unternehmenskaufvertrages:

1. **Das Stammkapital der Gesellschaft ist voll eingezahlt. Rückzahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen sind nicht erfolgt.** Auf den Prüfungsbericht zum Jahresabschluss der Gesellschaft zum 31. Dezember 2015 wird verwiesen.
2. **Die Satzung der Gesellschaft gilt unverändert in der der Käuferin vorliegenden Fassung v. 14. März 2015.**
3. **Die verkauften Geschäftsanteile bestehen rechtswirksam und stehen den Verkäufern frei von Rechten Dritter zu. Jeder der Verkäufer ist uneingeschränkt berechtigt, die von ihm verkauften Geschäftsanteile zu veräußern und hierüber zu verfügen. Über die Geschäftsanteile sind keine Zertifikate erteilt.**
4. **Die Gesellschaft ist weder überschuldet noch zahlungsunfähig.** Es bestehen zum Vertragsdatum außerhalb der Geschäftsführer Verträge und der vorgelegten Mietverträge mit den Verkäufern keine Rechtsverhältnisse der Verkäufer mit der Gesellschaft. **Insbesondere haben die Verkäufer der Gesellschaft keine Darlehen gewährt. Den Verkäufern sind auch keine Darlehen im letzten Jahr vor Kaufvertragsabschluss zurückgewährt worden.**
5. **Über das Vermögen der Verkäufer ist weder ein Insolvenzverfahren Verfahren beantragt oder eröffnet noch die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden. Es liegen keine Umstände vor, die eine Anfechtung der Veräußerung der verkauften Geschäftsanteile nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung sowie des Anfechtungsgesetzes rechtfertigen könnten.**
6. **Für die Gesellschaft sind die ordentlichen Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß abgehalten worden. Den Verkäufern ist nicht bekannt, dass wesentliche Gesellschafterbeschlüsse nicht ausgeführt worden sein sollten. Es gibt keine Gesellschafterbeschlüsse über die Rückzahlung des Kapitals der Gesellschaft.**

31.10.2017

220

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### ➤ Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken

- **Kommanditgesellschaft:** Wechsel des **Kommanditisten** durch **Austritt und Eintritt** führt zu Doppelhaftung
  - Alter Kommanditist: §§ 171 I, 172 IV, 161 II, 160 HGB
    - 5 Jahre Nachhaftung für Altverbindlichkeiten
  - Neuer Kommanditist: §§ 171, 173 HGB – für alte und neue Verbindlichkeiten
- Beim **Erwerb eines Kommanditanteils (Rechtsnachfolge)** haftet der Erwerber nur für ausstehende oder zurückbezahlte Kommanditeinlagen
  - Gegenüber der Gesellschaft (§§ 105, 161 II HGB, 705 BGB)
  - Gegenüber Gläubigern (§§ 171 I, 172 IV, 161 II HGB) und
  - generell unbeschränkt für Verbindlichkeiten, die in der Zeit zwischen Erwerb des Anteils und Eintragung als Kommanditist entstanden sind (§ 176 II HGB).
  - Haftung wird vermieden, indem die Anteilsabtretung aufschiebend bedingt durch Eintragung des Erwerbers als Kommanditist in das Handelsregister erfolgt. Sog. Rechtsnachfolgevermerk + negative Abfindungsversicherung aller Gesellschafter (höchstpersönlich und nach § 263 StGB strafbewehrt – KG ZIP 2009, 1571)
  - Beteiligung des Käufers an wirtschaftlichem Erfolg des Unternehmens in der Übergangszeit kann durch atypisch stille Beteiligung erfolgen.

31.10.2017

221

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

Freunde A als Komplementär und B und C als Kommanditisten haben eine Weinhandlung als KG gegründet und die Einlagen einbezahlt. D möchte mitmachen und wird 10/2013 per Vertrag als Kommanditist aufgenommen und leistet seine Einlage in Höhe von 5.000,- € . 8/2013 hatte die KG bereits bei Weinhändler W Wein für 3.000,- € bestellt. Eine weitere Bestellung erfolgte 11/2013 für 7.000,- € . In 12/2013 wird D als Kommanditist eingetragen. Da die KG die Rechnungen nicht bezahlt, obwohl der Wein geliefert ist, möchte W gegen D vorgehen. Mit Erfolg ?

1. §§ 433 II BGB, 173 I, 171, 172 HGB für erste Lieferung (3.000,- €)
  - 1.1. Verbindlichkeit der KG - §§ 433 I BGB; 124 I HGB (+)
  - 1.2. Haftung des D? a) Grundsatz: § 171 I 2. HS HGB => nein, da Einlage bezahlt.  
b) §§ 173 I, 171, 172 HGB: Vollzug Beitritt nach außen spätestens mit HR-Eintragung. Vor Beitritt begründete Verbindlichkeit, da diese in 8/2013 begründet. => Haftung (+), aber Einlage geleistet => kein Anspruch.
2. §§ 433 II BGB; 176 II, I 1; 161 II; 128 HGB für die zweite Lieferung (7.000,- €)
  - 2.1. Verbindlichkeit der KG (+, s.o.)
  - 2.2. Haftung des D? Verbindlichkeit zwischen Beitritt (10/2013) und HR-Eintragung (12/2013) - (+)

31.10.2017

222

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

1. Ausnahme: Hat D Geschäftsbeginn zugestimmt? Ist Zustimmung erforderlich?  
BGHZ 82, 209, 211: nein, da Gründung und Beitritt insoweit nicht vergleichbar  
(lebendes Geschäft kann anders als bei Beginn nicht unterbrochen werden).  
Außerdem kann Beitritt aufschiebend bedingt auf HR-Eintragung erklärt werden.

2. Ausnahme: Keine Haftung, wenn Gläubiger Kenntnis von Beteiligung des D als  
**Kommanditist** hatte. W hatte überhaupt keine Kenntnis.

=> nach Literatur: unwissender Dritter verdient keinen Schutz.

a.M. BGH (aaO): Zweck der Vorschrift ist, Haftungsbeschränkung von Eintragung im  
HR abhängig zu machen (Verkehrsschutz). Auf Kenntnis kommt es nicht an.

=> W hat Anspruch gegen D auf Zahlung von 7.000,- €.

**Abwandlung des Falles:** D ist nicht der KG beigetreten, sondern hat den  
Kommanditanteil in Höhe von 5.000,- € von C erworben und Kaufpreis an diesen  
bezahlt. C hatte allerdings nur 3.000,- € auf die Einlage einbezahlt. Austritt des C  
und Eintritt des D wird im HR eingetragen, jedoch nicht der Rechtsnachfolgevermerk.  
Kann W Ansprüche wg. der ersten Weinlieferung über 3 T€ Rechte gegen C und D  
geltend machen?

31.10.2017

223

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

1. §§ 433 II BGB, 161 II, 125, 124 HGB auf Zahlung von 3.000,- € gegen D?  
§ 173 I HGB? – Übertragung KG-Anteil = Eintritt in KG? => analoge Anwendung  
=> Haftung nach §§ 171, 172 HGB. D hat keine Einlage geleistet, KP ging an C. Aber  
C hat 3.000,- € geleistet; wird das D angerechnet? Rechtsnachfolgevermerk nicht  
eingetragen. Rechtsverkehr kann auch von Eintritt und damit Erhöhung der KG-  
Einlagen ausgehen. Aber Abtretung KG-Anteil wirkt auch nach außen und D kann  
sich auf Einzahlung des C berufen. D tritt quasi in die Rechtsstellung des C ein.  
Einlageleistung ist gerade keine ins HR eintragungsfähige Tatsache und deswegen  
kann deren Nichteintragung nicht nach § 15 HGB dem D entgegen gehalten werden.  
=> Haftung des D in Höhe von 2.000,- € (= noch offene Kommanditeinlage).

2. §§ 433 II BGB, 171 I, 172 IV HGB analog auf Zahlung von 3.000,- € gegen C?

2.1. Haftung ausscheidender Kdtist für Altverbindlichkeit: §§ 161 II, 160 HGB. Hier (+).

2.2. § 171 I – Einlage nur in Höhe von 3.000,- € geleistet. Aber: Ist durch die  
Abtretung KG-Anteil (Umbuchung auf D) ohne Rechtsnachfolgevermerk eine  
Rückzahlung der Einlage an C erfolgt mit der Folge des § 172 IV 1 HGB?

31.10.2017

224



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall (Haftung bei Wechsel der Kommanditisten):

Durch Rechtsübergang kraft Abtretung ist die im HR eingetragene Haftsumme nicht mehr durch Einlageleistung gedeckt, da mit der Abtretung auch das Recht auf den Erwerber übergeht, sich auf die Einlageleistung seines Rechtsvorgängers und die Wirkung des § 171 Abs. 1 Halbs. 2 HGB zu berufen. Es können sich nicht beide (ausretender und eintretender Kdtist) auf Einlageleistung nach § 171 HGB berufen. § 172 IV 1 HGB ist analog anwendbar (BGHZ 81, 82, 89).

Letztlich handelt es sich um eine Rechtsscheinhaftung: **Rechtsnachfolge selbst** ist wie Eintritt eines Kommanditisten in KG nach § 162 III HGB in das Handelsregister einzutragen (=eintragungspflichtige Tatsache - "epflT"). Erweiternde Auslegung der Vorschrift. => C kann sich wegen § 15 I HGB gegenüber den Gläubigern nicht darauf berufen, dass er gegen Übertragung des KG-Anteils (=epflT) aus der KG ausgeschieden ist mit der Folge, dass Einlageleistung gegen Zedent **und** Zessionar wirkt.

31.10.2017

225

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### ➤ Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken für sog. Altverbindlichkeiten

- Beim **Erwerb eines OHG- bzw. Komplementär- bzw. Partnerschaftsanteils** haften Käufer und Verkäufer gem. §§ 130 I, 160 I 1 HGB für die bis zum Erwerb begründeten Verbindlichkeiten (=Altverbindlichkeiten).
- Beim **Erwerb eines GbR-Anteils**
  - haftet der **Käufer** für bereits bestehende Verbindlichkeiten mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen und auch mit seinem sonstigen Vermögen (§ 130 I HGB analog).
  - Diese Haftung kann durch Begründung einer neuen Innengesellschaft, z.B. in Form einer stillen Gesellschaft oder einer Unterbeteiligung vermieden werden (statt des Erwerbs der GbR-Beteiligung).
  - **Verkäufer** haftet gem. §§ 736 I, II BGB; 160 HGB für Altverbindlichkeiten

31.10.2017

226

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### ➤ Gesellschaftsrechtliche Haftungsrisiken für Altverbindlichkeiten

- Beim **Erwerb einer ausgegliederten oder abgespaltenen Gesellschaft** haften sowohl der Verkäufer als auch die Gesellschaft selbst für sämtliche Altverbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers mit der 5-jährigen Nachhaftung (§ 133 I 1; II 1; IV UmwG)!
- Beim **Erwerb einer konzerngebundenen Gesellschaft** droht eine Haftung des Verkäufers, wenn das Zielunternehmen eine abhängige Gesellschaft war. Wenn die Zielgesellschaft ein herrschendes Unternehmen war, droht eine Nachhaftung der Zielgesellschaft selbst. (vgl. z.B. § 303 AktG)

31.10.2017

227

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

Erwerber haftet für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers, § 25 I 1 HGB

#### 1. Haftungsvoraussetzungen nach § 25 I 1 HGB:

- Anwendbarkeit:  
Diese Haftungsvorschrift greift nicht ein, wenn Erwerb im Insolvenzverfahren erfolgt (BGHZ 104, 151); objektive Zahlungsunfähigkeit des fortzuführenden Unternehmens allein steht Anwendung des § 25 I HGB nicht entgegen!
- Firmenfortführung = mindestens prägender Teil der alten Firma wird beibehalten
  - Ratio: Kontinuität des Unternehmens tritt nach außen in Erscheinung (Schutz der Haftungserwartung des Rechtsverkehrs)
  - Einwilligung in Firmenfortführung irrelevant (anders: § 25 I 2 HGB!)

31.10.2017

228

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

- Unternehmensfortführung - § 23 HGB (vgl. BGH NZG 2010, 112)
  - z.B. nach Kauf (z.B. Unternehmenskauf - asset deal), Schenkung, aber auch Verpachtung, Nießbrauch
  - Auch nur Teilbetrieb (betriebsfähige Wirtschaftseinheit); rein tatsächliche Fortführung – Mängel des UKV oder der Verfügungen sind irrelevant
  - sofern es sich aus der Sicht des maßgeblichen Rechtsverkehrs um Schwerpunkt des Unternehmens, also den wesentlichen Kernbereich handelt
  - ob der wesentliche Kernbereich zeigt sich in Wert der Unternehmensteile

31.10.2017

229

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

#### 2. Rechtsfolgen und Dogmatik des § 25 I HGB

- **§ 25 I 1** => Gläubiger hat Forderung gegen Altgesellschaft und kann diese gegen Neugesellschaft geltend machen
- Haftungserweiterung durch **gesetzlichen Schuldbeitritt** (§§ 414; 415 III BGB)
- **§ 25 I 2** => Schuldner hat Verbindlichkeit gegenüber AltG und leistet befreiend nach seinem Ermessen an NeuG oder an AltG
  - Leistet Schuldner an Neugesellschaft, hat Altgesellschaft gegen diese einen Anspruch nach § 816 II BGB (keine Kondition nach § 812 I 1, da keine Leistung AltG an NeuG - Nichtleistungskondition)
  - Durch Entgegennahme erlischt (Verfügung!) Forderung der AltG
- **Gesetzlich angeordnete Empfangszuständigkeit** für Forderung, § 362 I 1
  - Nur Recht des Schuldners, kein Anspruch der Neugesellschaft (ähnlich: § 1138 BGB)
- **Gegenläufige Parallelvorschrift zu § 407 BGB**
  - Dort: Leistung an Altgläubiger befreit auch gegenüber Neugläubiger

31.10.2017

230

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

#### 3. Haftungsausschluss nach § 25 II HGB:

- Ausschluss der Haftung kann in Handelsregister eingetragen werden
- Wirkt nur, wenn Haftungsausschluss vereinbart **und** im Handelsregister eingetragen oder dem Dritten von Verkäufer oder Käufer mitgeteilt!
- Eintragung u. Bekanntmachung grds. mit Übernahme
  - Es genügt aber, wenn Anmeldung unverzüglich nach Geschäftsübernahme (d.h.: nicht länger als ca. 8 Wochen)
  - und Eintragung u. Bekanntgabe in kurzem „angemessenem“ Zeitabstand folgen (großzügig OLG Düsseldorf: 5 Monate - NZG 2003, 774).
- OLG Köln/Stuttgart/Schleswig; NZG 2010, 879; 628 und BeckRS 2010, 15189
  - Die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB kann durch das Registergericht nur abgelehnt werden, wenn offensichtlich ist, dass eine Haftung des neuen Unternehmensträgers nach § 25 Absatz I HGB nicht in Betracht kommt.

31.10.2017

231

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

- OLG München GmbHR 2010, 1039
  - Für den Eintrag eines Haftungsausschlusses nach § 25 II HGB bedarf es jedenfalls dann keines Nachweises durch Vorlage der Vereinbarung, wenn die Anmeldung der Eintragung des Haftungsausschlusses sowohl von dem Geschäftsführer der übernehmenden GmbH als auch von den Geschäftsführern der übernommenen GmbH unterschrieben ist (im Anschluss an OLG München, GmbHR 2008, 705).

#### 4. Parallelvorschriften:

- §§ 27 (Erbenhaftung), 28 (Eintritt bei Einzelkaufmann) HGB

31.10.2017

232

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf – Firmenfortführung (§ 25 HGB)

#### 4. Haftungsausschluss nach § 25 II HGB – Formulierung Handelsregisteranmeldung:

*Die Unterzeichnenden melden zur Eintragung in das Handelsregister an:*

*Der Unterzeichnende, Herr Alfons Meier, hat das von ihm unter der Firma Alfons Meier e. K. betriebene Geschäft mit dem Recht, die Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortzuführen, an den Unterzeichnenden, Herrn Klaus Schmidt, geb. am 1.1.1990, wohnhaft: 01069 Dresden, Schweizer Straße 20, übertragen.*

*Dieser führt das Geschäft unter der Firma Alfons Meier e. K. Nachfolger Klaus Schmidt fort. In die Firmenfortführung wird hiermit ausdrücklich eingewilligt.*

**Die Haftung des Erwerbers für die im Bereich des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers sowie der Übergang der in dem Betrieb begründeten Forderungen auf den Erwerber ist ausgeschlossen (§ 25 Abs. 2 HGB).**

*Dresden, den 5.1.2015*

Alfons Meier

Klaus Schmidt

31.10.2017

233

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### ➤ Steuerliche Haftungsrisiken

- Käufer haftet bei einem asset deal nach § 75 AO für Betriebssteuern (z.B. Gewerbe-, Umsatz- und Lohnsteuer; nicht: Einkommen- und Körperschaftsteuer) ab Beginn des letzten Jahres vor Anmeldung der Übernahme (§ 138 AO).
- Dies gilt nicht bei einem Erwerb im Insolvenzverfahren, § 75 Abs. 2 AO.
- Beim share deal von Kapitalgesellschaftsanteilen ist auf Nachzahlungsrisiken wegen verdeckter Gewinnausschüttungen hinzuweisen.

31.10.2017

234

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### ➤ Subventionsrechtliche Haftungsrisiken

- Wurden dem Zielunternehmen staatliche Subventionen o.ä. gewährt, ist es nicht selbstverständlich, dass diese Förderung nach dem Unternehmenskauf weitergewährt wird.
- Unter Umständen müssen auch früher gewährte Subventionen im Zuge des Unternehmenskaufs zurückbezahlt werden, z.B. bei einer unzulässigen Beihilfegewährung, bei zweckentfremdeter Verwendung u.a.

31.10.2017

235

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf

#### ➤ Umweltrechtliche Haftungsrisiken

- s. hierzu bspw. § 4 Abs. 3 S. 1, 4 BBodSchG

#### ➤ Sonstige öffentlich-rechtliche Haftungsrisiken

- Es ist zu prüfen, ob der Fortbestand betriebsnotwendiger Genehmigungen gesichert ist.

31.10.2017

236

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall zu § 613 a BGB

#### (Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken – nachempfunden BAG 8 AZR 1019/08)

**SV:** Zum Kontra-Konzern gehören der Discounter Elektroworld GmbH, E, und der Markenartikelhändler Mediadream GmbH, D. Frau Auer, A, ist seit 1.6.2000 bei E angestellt und ist gerade bis 2016 in Erziehungsurlaub. E teilt A mit, dass das Arbeitsverhältnis gekündigt wird, da E an D verkauft worden ist und die Betriebsstätte der E geschlossen wird. A könne aber bei D weiterarbeiten. A ist damit nicht einverstanden, da D schlechter zahlt und die Betriebszugehörigkeiten der A bei der E nicht anrechnet.

D hatte von E 14 der insgesamt 24 Arbeitsplätze in ihre 5 Kilometer von E entfernte Filiale übernommen und auch die Hälfte des Warenvorrates. Außerdem waren die Kunden von E über den Wechsel zu D hingewiesen worden. E wendet ein, das Sortiment decke sich nur teilweise mit dem von D und sei höherwertig. Insbesondere sei ein erheblicher Beratungsbedarf gegenüber den Kunden zu erfüllen, denen ein „Einkaufserlebnis“ geboten werde.

Nachdem E ein entsprechendes Schreiben unbeantwortet gelassen hat, fragt A Sie als Rechtsberater, ob zwischen ihr und D ein unbefristetes Arbeitsverhältnis seit dem 1.6.2000 bestehe.

31.10.2017

237

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Fall zu § 613 a BGB – Lösung:

A hat Recht, wenn D in das zwischen A und E am 1.6.2000 begonnene Arbeitsverhältnis (AV) eingetreten ist. § 613 a I 1 BGB setzt hierfür ein bestehendes AV voraus.

1. Wirksame Kündigung des AV? – Verstoß gegen § 18 I 1 BErzGG, da A zum Zeitpunkt der Kündigung in Erziehungsurlaub, führt zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 134 BGB.
2. Betriebsübergang: folgendes Prüfungsschema
  - a) Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes (Discounter .... Markenartikelhändler)
  - b) Übergang materieller Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter (die Hälfte des Warenbestandes, aber überall und von jedem erhältliche Produkte)
  - c) Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Überganges (kein Wert/Angabe)
  - d) Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber (14 von 24 Angestellten, aber Schulung erforderlich, um Beratung erbringen zu können)
  - e) Übergabe der Kundschaft (wohl nein: unterschiedliche Klientel – vgl. a) - und 5 km Entfernung)
  - f) Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit (reiner Verkauf ..... Beratung)
  - g) Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit (keine Unterbrechung, ist aber hier nicht entscheidend, da Kriterium nur relevant, wenn Identität der wirtschaftlichen Einheit erhalten bleibt, was hier aber gerade nicht der Fall ist).

3. Ergebnis: D ist nicht in das zwischen A und E begründete AV eingetreten.

31.10.2017

238

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB) - asset deal -

Anspruch auf Arbeitslohn gegen UKV-Erwerber, §§ 611, 615, 613 I I 1 BGB

1. Zweck der Regelung
2. Tatbestand
3. Rechtsfolgen
4. Rechtspolitische Bewertung

#### 1. Zweck der Regelung

- Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses ergänzt durch ein Kündigungsverbot gemäß § 613 a IV BGB
- Gestaltungsoption für Arbeitgeber:
  - + Outsourcing der Arbeitsverhältnisse in eine Beschäftigungsgesellschaft oder
  - + Ausgliederung eines Teilbetriebes und anschließender asset deal;
  - + Übergang der Arbeitsverhältnisse auf Spaltgesellschaft bei Spaltung nach UmwG (aber: Nachhaftung 5 Jahre)

31.10.2017

239

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB) - asset deal -

#### 2. Tatbestand

- 2.1. Anwendbarkeit: kein Ausschluss durch UKV, da §§ 613 a I, II, IV 1 BGB zwingendes Recht (BAG NJW 1977, 1168)
  - betroffen nur asset deal, bei share deal besteht bisheriger Arbeitgeber sowieso fort
- 2.2. Arbeitsverhältnis: # Dienstverhältnis mit Organen (= Geschäftsführer, Vorstand, freie Mitarbeiter, Handelsvertreter) Deklaratorische Bezeichnung im UKV (Anlage)
- 2.3. Betrieb = selbständig abtrennbare, auf Dauer angelegte „wirtschaftliche Einheit“, ähnliche Abgrenzung wie bei UKV zum Erwerb einer Vielzahl von Wirtschaftsgütern (BGH NJW 2002, 1042); jetzt auch Definition in RL 2001/23/EG: „Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ => wertende Gesamtbetrachtung aller den Einzelfall kennzeichnenden Umstände!
- 2.4. Übergang = Übergang der tatsächlichen Leitungsmacht beim UK, entspricht meist dem Übergangsstichtag im UKV (Closing) bzw. dem Gefahrübergang, wobei es auf die Rechtswirksamkeit des UKV allerdings nicht ankommt (vgl. BGHZ 138, 195).

31.10.2017

240



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

#### 2. Tatbestand

2.4. § 613a BGB findet keine Anwendung, wenn der Erwerber oder Veräußerer den Betrieb stilllegen. Fortführungsmöglichkeit genügt nicht.

- An das Vorliegen einer Stilllegung sind strenge Maßstäbe anzulegen! Legt Veräußere still und erfolgt Betriebsübergang innerhalb der Kündigungsfrist des Arbeitsverhältnisses, greift § 613 a BGB ein (BAG 8 AZR 766/08 – insolvente Metzgerei)
- Für den Erwerber besteht das Risiko einer Haftung aus § 613a BGB, wenn Verkäufer den ihm verbliebenen Betriebsteil nachher in zeitlicher Nähe zum Unternehmenskauf still legt.
- § 613a BGB findet grundsätzlich auch Anwendung, wenn ein Unternehmen gekauft wird, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, jedoch ist hier eine Haftung für „Altschulden“ ausgeschlossen.

2.5. Mängel im UKV oder den Verfügungsgeschäften sind dafür ohne Relevanz:

arg.: Wortlaut verlangt kein wirksames Rechtsgeschäft

Insbesondere aber Vermeidung einer Unsicherheit für die Arbeitnehmer!

2.6. Kein Widerspruch des Arbeitnehmers nach § 613 a VI BGB gegen Übergang des Arbeitsverhältnisses

- Widerspruchsrecht besteht für 1 Monat ab vollständiger und umfassender Unterrichtung über den Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 BGB.
- Dies gilt auch bei einer Unterrichtung erst nach Betriebsübergang.

31.10.2017

241

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

#### 2. Tatbestand

- Es ist jeder einzelne Arbeitnehmer in Textform zu unterrichten; den Empfang der Informationserklärung sollte sich der Arbeitgeber schriftlich bestätigen lassen.
- Widerspruch kann auch kollektiv erklärt werden. Dadurch kann Unternehmensverkauf faktisch sogar verhindert werden. Allerdings tragen die Arbeitnehmer dann das Risiko, dass der bisherige Arbeitgeber die Stilllegung des gesamten Betriebs in Betracht zieht.

#### 3. Rechtsfolgen

3.1. Gesetzlicher Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (gesetzlicher Vertragsübergang/-übernahme - „tritt ein“ - § 613 a I 1 BGB).

Beim Erwerb eines Teilbetriebs bzw. eines Konzernteils gehen die Arbeitsverhältnisse auf den Käufer über, die nach dem objektiven Schwerpunkt der Tätigkeit dem Teilbetrieb bzw. Konzernteil zuzuordnen sind => Regelung im UKV = deklaratorische Wirkung

Teilweise Gesamtschuld mit Verkäufer nach § 613 a II 1 BGB für Altverbindlichkeiten

3.2. Es gehen nicht über, da kein Arbeitsverhältnis

- Tarifverträge aber: Kollektivrechte gegenüber dem Veräußerer des Unternehmens werden zu Individualrechten des AN gegenüber dem Käufer (§ 613 a I 2 BGB - mind. 1 Jahr)
- rückständige Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer.
- Verpflichtungen gegenüber bereits ausgeschiedenen Arbeitnehmern (z.B. Betriebsrente)

31.10.2017

242

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

#### 3. Rechtsfolgen

- => Für den Veräußerer kann sich die Ausgliederung der Pensionsverpflichtungen auf eine Pensionsgesellschaft empfehlen.
- Zweifelhaft ist Übergang von Nebenverträgen, z.B. Werkwohnungsmietverträge oder Arbeitnehmerdarlehen. Eine vertragliche Regelung ist ratsam.
- Schwierig ist die Behandlung von Aktienoptionen oder Beschäftigungszeiten beim Betriebsveräußerer, z.B. bei Wartezeiten im Zusammenhang mit Betriebsrenten.
- Rechte aus Arbeitnehmererfindungen sollten explizit auf den Erwerber übertragen werden.

#### 3.3. Gegeneinwendung des AN gegen Kündigung des AG, § 613 a IV 1 BGB

- aber: betriebsbedingte Kündigung nach KSchG, wenn unabhängig vom Betriebsübergang oder Aufhebungsvereinbarung (§ 311 I BGB) zwischen Arbeitnehmer und **Verkäufer**, z.B. bei Sozialplan zulässig
  - Ausgleichszahlungen an Arbeitnehmer sind bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses (= Aufhebungsvereinbarung) nach § 24 Nr. 1 EStG privilegiert

#### 3.4. Pflicht zur Unterrichtung aller übergangsbetroffenen Arbeitnehmer, § 613 a V BGB

#### 3.5. Rechtsfolgen bei Widerspruch des Arbeitnehmers:

- Frist: ein Monat od. bei mangelhafter Unterrichtung zeitlich unbegrenzt (§ 613 a VI)
- Erklärung gegenüber dem bisherigen AG oder dem neuen Inhaber
- Widerspruch wirkt auf Zeitpunkt des Übergangs des Arbeitsverhältnisses zurück

31.10.2017 Behandlung des Lohnanspruchs (§ 611 I Fall 2 BGB) bei Widerspruch?

243

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

#### 3. Rechtsfolgen

#### 3.5.1. Lohnanspruch gegenüber dem UKV- Erwerber:

Lohnzahlungen des Erwerbers an den AN erfolgten rechtsgrundlos, § 812 I 2 Fall 2 Wertersatzanspruch des AN hinsichtlich rechtsgrundlos geleisteter Arbeitsleistung (§ 818 I 2 Fall 2; 818 II), den AN mit Rückzahlungsanspruch des Erwerbers saldieren kann (§ 818 III)

=> im Ergebnis kein Anspruch des Erwerbers auf Lohnrückzahlung

Arbeitsrechtliche Lösung (zutreffend: LAG Köln, ZIP 2005, 591)

=> Rechtsgrund für Lohnzahlung ist faktisches (fehlerhaftes) Arbeitsverhältnis!

#### 3.5.2. Lohnanspruch AN gegenüber Veräußerer?

Leistung von sog. Verzugslohn nach §§ 611 I Fall 2; 615 S. 1 BGB?

- nein, da AN regelmäßig kein Arbeitsangebot ggü. altem Arbeitgeber macht

=> kein Annahmeverzug!

#### 3.6. Rechtsfolgen bei fehlerhaften UKV = Fehler im UKV/dinglichem Rechtsübergang

- Lohnleistungen des Erwerbers erfolgen mit Rechtsgrund (s.o.)
- Erwerber kann von Veräußerer nach § 812 I 2 Fall 1 oder 2 BGB „etwas“ zurückfordern: das kann auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit sein, nämlich von der Pflicht zur Zahlung von Arbeitslohn (Palandt/Sprau, § 812 Rn 10)

31.10.2017

244

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

#### 3. Rechtsfolgen

##### 3.7 Kollektivarbeitsrechtliche Folgen

- Transformation der Tarifvertrags- und Betriebsvereinbarungs-Regelungen (kurz: TV/BV-Regelungen) in den Einzelarbeitsvertrag gemäß § 613 a I 2 BGB
- Bei Fortbestand der Identität des Betriebes: BR führt das ihm übertragene Mandat fort; rechtskräftig festgestellte Verpflichtungen zwischen BR und Veräußerer gelten nun auch gegenüber Erwerber.
- Achtung bei Unternehmensübertragungen durch Umwandlung (§§ 324 UmwG verweist auf 613 a I und IV bis VI BGB!)
  - Erhebliches Gestaltungspotential.
    - Verschmelzung eines Unternehmens mit einem „teuren“ Tarifvertrag auf ein Unternehmen mit „billigerem“ Tarifvertrag ist vorzugswürdig.
    - Sozialplanpflichtigkeit kann beim Erwerb durch ein neu gegründetes oder nicht länger als 4 Jahre bestehendes Unternehmen vermieden werden.

31.10.2017

245

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

#### 4. Rechtspolitische Bewertung

- § 613 a BGB problematisch im Zusammenhang mit Insolvenz von Unternehmen, da Übernahme von Arbeitsverhältnissen UKV unattraktiv machen kann
  - => Insolvenzverwalter müssen vorab Arbeitsverhältnisse bereinigen und Fortführung des Unternehmens durch Erwerber verzögert sich deshalb, was unerwünscht ist
- Allerdings gilt: Erwerber haftet zumindest nicht für die vor Insolvenzeröffnung entstandenen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners aus Arbeitsverhältnissen

31.10.2017

246

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

- asset deal -

#### 5. Regelungsmöglichkeiten

- Es bestehen u.a. folgende Regelungsmöglichkeiten:
  - Garantien über den Bestand und den Inhalt der Arbeitsverträge;
  - Regelungen bezüglich der Nebenverträge;
  - Kaufpreisreduzierungen bzw. Vereinbarungen bezüglich übernommener Versorgungszusagen.
  - Regelungen zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten
  - Übertragung von Rechten aus Arbeitnehmererfindungen
- In Betracht zu ziehen sind immer auch unmittelbare Vereinbarungen mit dem betreffenden Arbeitnehmer.
- Eine wichtige und nicht von vornherein unzulässige Gestaltung liegt in der Aufhebung von Arbeitsverträgen und – ggf. unter Zwischenschaltung einer Beschäftigungsgesellschaft – im späteren Neuabschluss bestimmter Arbeitsverträge.

31.10.2017

247

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Formulierung wegen Arbeitsrechtliche Haftungsrisiken (insb. § 613a BGB)

*Hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse erklären die Verkäufer jeweils bezogen auf das Vertragsdatum:*

1. Die Liste der Mitarbeiter der Gesellschaft wird als Anl. 7 beigelegt. Sie enthält Namen, Anschrift, Geburtsdatum, Familienstand, Eintrittszeitpunkt, aktuelle Vergütung zusätzlich eventueller Nebenleistungen, alle Sondervereinbarung, Sonderstatus (Behinderung, Schwangerschaft).
2. Es bestehen keine Pensionsverpflichtung der Gesellschaft außer der Pensionsverpflichtung gegenüber dem Geschäftsführer.
3. Die Gesellschaft ist zum Vertragsdatum an folgende Tarifverträge gebunden: ... Betriebsvereinbarung bestehen nicht.
4. Folgende Vollmachten (Prokura, Handlungsvollmacht) sind erteilt: ...
5. Die Gesellschaft hat über die in den Personalakten einschließlich Lohn und Gehaltsabrechnungen und den sonstigen der Käufern übergebenen Unterlagen dokumentierten Ansprüche hinaus Ihren Mitarbeitern keine Extravergütungen, extra Urlaubstage, Lohn- und Gehaltserhöhungen, betriebliche Altersversorgung oder dergleichen zugesagt.

31.10.2017

248



## Überblick: Gewährleistung

**Tatbestand**

**Rechtsfolgen**

**Vertragliche Garantien**

**Bilanzgarantien**

**Schwächen des Gewährleistungsrechts**

**Konsequenzen für die Vertragsgestaltung**

31.10.2017

249



### Gewährleistung

#### Tatbestand:

- Wirksamer Vertrag; keine Nichtigkeit oder Anfechtung (vgl. BGH NJW 2002, 1042)
- Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit, § 434 I 1 BGB
  - Wert und Funktionstauglichkeit des Unternehmens im Ganzen ist erschüttert
  - Vertragliche Regelung wesentlich, z.B. hinsichtlich Umsatz und Ertrag, Fehlen von Verbindlichkeiten, Richtigkeit der vorgelegten Bilanzen
  - Auch Äußerungen außerhalb des Vertrages können Einfluss haben, z.B. bei der Unternehmenspräsentation
- Rechtsmangel, § 435 BGB
  - Beispiele: Gesellschaft existiert nicht wg. Gründungsmangel; Insolvenz, Liquidation; Geschäftsanteil hat nicht vereinbarte Größe; Einlage ist nicht eingezahlt
- Sachmangel, § 434 BGB
  - Beispiele: Fehlerhafte Umsatz- und/oder Liquiditätsplanung, Ertrag, Verbindlichkeiten, Fehlen von Substanzstücken; schlechte Organisation; Funktionsuntauglichkeit von Maschinen und Ausstattung; Missverhältnis zwischen nicht aufgearbeiteten Auftragsrückständen und den hieraus realisierbaren Vergütungsansprüchen
  - Prognosen und Planungen lassen Schluss auf Unternehmensbeschaffenheit nur zu, wenn sie aus aktuell vorhandenen, sich als fehlerhaft erweisenden, Umständen abgeleitet werden

31.10.2017

250

**Fall (BGH VIII ZR 37/01 – NJW 2002, 1042) – Anfechtung und Unternehmenskauf**

V betreibt einen Getränkegroßhandel und verkauft 1998 die „wesentlichen Betriebsgrundlagen (Vorräte und Forderungen, Kundenstamm, Übernahme nur von Verbindlichkeiten gegenüber Brauereien, Lieferverträge und Arbeitnehmer) an K. K betreibt ebenfalls Getränkegroßhandel und erwirbt Betrieb zur Erweiterung des eigenen Kundenstammes und Marktanteils und wegen Synergien. 1995 bis 1997 erwirtschaftete V dem K bekannte Verluste von 2 Mio € wegen mangelhafter Organisation seines Betriebes, die allerdings durch Zahlungen ausgeglichen wurden. K zahlt den Kaufpreis nicht. V verlangt aber ultimativ Zahlung. Zu Recht?

1. § 433 II – Vertrag (+) => entstanden (+)

2. Rechtsvernichtende Einwendung: Anfechtung wegen Täuschung, §§ 123 I, 142 I ?

2.1. Täuschung, wenn vorvertragliche Aufklärungspflicht (§ 311 II Nr. 1, 241 II) bestand:

- nur hinsichtlich Umständen, die für V erkennbar Vertragszweck des K vereiteln können, wesentlich sind und wo Aufklärung erwartet werden kann.

- über Brauereidarlehen hatte V aufgeklärt

- aber: Verluste sind durch mangelhafte Betriebsorganisation entstanden, die

auch K nach Übernahme trifft und von der er sich nicht sofort lösen kann

(Arbeitsverhältnisse u. Kundenbeziehungen) und die Vertragszweck gefährden.

- V hatte allgemein auf Verlustjahre hingewiesen und musste das nur

spezifizieren,

wenn K weiter danach gefragt hätte, was nicht der Fall war.

3. ~~1951/7~~ => keine weitergehende Aufklärungspflicht, keine Anfechtung, daher § 433 II (+). 251

**Gestaltung Unternehmenskaufvertrag****Gewährleistung****Tatbestand:**

➤ **§ 442 I BGB:** keine Ansprüche bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers über den Mangel

- Nichtdurchführen einer due diligence durch geschäftserfahrenen, professionellen Käufer; str. in Literatur z.T. verneint, da es an festen Regeln und Gepflogenheiten fehlt
- Auf jeden Fall erforderlich (sonst grob fahrlässige Unkenntnis) bei:
  - Ungereimtheiten u. Unsicherheiten in betriebswirtschaftlichen Daten
  - Verlustphasen; negativen Prognosen
  - Erwerb aus einer Insolvenz
- Keine entsprechende Verkehrssitte bei Kleinunternehmen/ Erwerb von freiberuflichen Praxen
- Wird Due Diligence durchgeführt, werden diese Informationen Käufer zugerechnet
- Zurechnung von Kenntnis an Verkäufer (=Gesellschaft), soweit im Kaufvertrag zu bestimmender Personenkreis diese Kenntnis hat („Knowledge Qualification“)
  - Rechtsfolge: vgl. § 442 I 2 aE BGB = wenn Aufklärungspflichte folgt daraus Arglist des Verkäufers und Käufer behält Sachmangelrechte

➤ Verschulden (allerdings nur bei Verlangen von SchE - §§ 280, 281 BGB)

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Rechtsfolgen:

- Nacherfüllung, §§ 437, 439
  - Z.B.: Nachschusspflicht bei Unterdeckung des Eigenkapitals oder Ablösung nachträglich bekannt gewordener Verbindlichkeiten
  - Ggf. auch Recht zur Verweigerung der Nacherfüllung nach § 440 I 1 3.Alt., wenn Betriebsinterna offengelegt werden müssten (Unzumutbarkeit der Nacherfüllung für Käufer)
  - Ggf. Verweigerungsrecht des Verkäufers, weil unverhältnismäßiger Aufwand nach § 439 III
- Rücktritt, §§ 437, 346
  - Kein Ausschluss nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB, aber dennoch "nur" Wertersatz wg. § 346 II 1 Nr. 2 BGB ("Umgestaltung") - also keine Rückgabe des Unternehmens
  - Wenn noch keine Umgestaltung, Rückgabe meist nicht interessengerecht, weil Käufer das Geschäft in eigene unternehmerische Aktivitäten bereits integriert hat
  - Investitionen in das Unternehmen durch den Käufer können über § 284 BGB zurückverlangt werden (Ersatz vergeblicher Aufwendungen)
  - schwierige Abgrenzungsfragen!
- Minderung, §§ 437, 441
  - Häufig in der Praxis. Zwischenzeitlich erzielte Erträge bleiben bei der Berechnung des Minderungsbetrages unberücksichtigt (vgl. § 441 III 1 "zur Zeit des Vertragsschlusses")

31.10.2017

253

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Rechtsfolgen:

- Schadensersatz, §§ 437 Nr. 3; 440; 280; 281; 283; 311 a
  - Kleiner Schadensersatz, da Rückabwicklung (großer SchE) nicht sachgerecht - vgl. Rücktritt
  - Käufer erhält Wertdifferenz, also entgangenen Gewinn
  - => Bemessungskriterien sollten im Vertrag festgelegt werden
- Aufwendungsersatz, §§ 437 Nr. 3; 284
  - Hier drohen bei Rückabwicklung erhebliche Kosten für Verkäufer, wenn Käufer (unsinnige) Investitionen ersetzt verlangt. Erwirtschaftete Unternehmensgewinne sind aber anzurechnen (BGH VIII ZR 186/75 unter II 2 c)
  - Begrenzung durch vertragliche Regelungen!
- Verjährungsfrist, § 438 Abs. 1 Nr. 3
  - Zwei Jahre
  - Gesetzliche Verjährung kann vertraglich verlängert oder verkürzt werden.

31.10.2017

254

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

#### Vertragliche Garantie, §§ 276 I 1; 443 BGB:

- Garantieinhalt und Garantiefolgen sind individualvertraglich zu vereinbaren.
  - Z.B.: Bilanzgarantie; Eigenkapitalgarantie; Beschaffenheitsgarantie
  - § 443 BGB: kraft Vereinbarung, Rechtsfolgen sind festzulegen: Erfüllungsanspruch, verschuldensunabhängige SchE-Haftung oder auch Rücktritt oder Minderung
- Haftungsbegrenzung:
  - de minimis-Regelung; Summenbegrenzung der Höhe nach
  - § 444 BGB steht Haftungsbegrenzung nicht entgegen, da Ausschluss nur, „soweit“ die Garantie reicht und Begrenzung definiert Umfang der Garantie.
  - Verjährung ist zu regeln.
- Beispiele aus der Praxis:
  - *OLG München vom 30.3.2011 – 7 U 4226/10*: Anspruch des Käufers von Geschäftsanteilen, dass der Verkäufer bei einer Bilanzgarantie Schadenersatz in der Weise leistet, dass eine in der Bilanz ausgewiesene nicht existente Forderung derart natural restituiert wird, dass er, der Verkäufer, eine Schuld in identischer Höhe gegenüber der Gesellschaft übernimmt.
  - *OLG Frankfurt vom 7. Mai 2015 (Az. 26 U 35/12)*: Anspruch des Käufers bei fehlerhaftem Jahresabschluss in der Wertdifferenz zu dem hypothetisch erzielten niedrigeren Kaufpreis und nicht in der Differenzsumme einzelner unrichtiger Bilanzpositionen (kein Bilanzauffüllungsschaden)

31.10.2017

255

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

#### Schwächen des Mängelrechts:

- Käufer wünscht – schon zur Vermeidung von Streitigkeiten und den damit zusammenhängenden Prozessrisiken – eine verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung des Verkäufers = Garantie - §§ 276 I 1; 443
  - vgl. vorheriges Slide und nachfolgende Formulierungsbeispiele
- Verjährungsfrist ist bei Rechtsmängeln zu kurz bemessen.
- Gesetz enthält keine Mindest- und Höchstgrenzen der Haftung des Verkäufers.

#### Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- Der Mängelhaftung wird im Grundsatz die gesetzliche Regelung zugrunde gelegt und lediglich in Eckpunkten modifiziert (Beschaffenheitsvereinbarungen).
  - Das Rücktrittsrecht des Käufers sollte in weiterem Umfang ausgeschlossen werden, als es nach der gesetzlichen Regelung der Fall ist.
  - Für Rechtsmängel sollte Verjährungsfrist verlängert werden.
  - Vereinbarung verschuldensunabhängiger Haftungen für Beschaffenheitszusagen.
  - **Praxis:** Dieses Vorgehen eher selten, meist nach der Alternative (s.u.)

31.10.2017

256



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag – FV: Gewährleistung

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



Der Vertragsgegenstand hat die nachfolgend aufgeführten Beschaffenheitsmerkmale aufzuweisen bzw. nicht aufzuweisen (**vertraglich vereinbarte Sollbeschaffenheit**). Sollten einzelne der nachfolgenden Angaben nicht dem Begriff »Beschaffenheit« unterfallen können, so sollen doch die für eine Beschaffenheitsvereinbarung geltenden Regelungen auch darauf entsprechend anwendbar sein. Im Übrigen wird der Vertragsgegenstand in dem tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Zustand verkauft, den er gegenwärtig hat. Insgesamt ist dies die hiermit vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, die der Verkäufer auch dann nicht zu verändern oder gar zu verbessern hat, wenn sich ergeben sollte, dass sie – gleich aus welchem Grund – den Erwartungen des Käufers nicht entsprechen sollte. Soweit nachfolgend Rechte und Ansprüche des Käufers beschränkt werden, bleibt sein Recht, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung durch den Verkäufer selbst oder durch Personen, deren Handeln der Verkäufer zu verantworten hat, anzufechten, unberührt; sein Rücktrittsrecht ist jedoch ausgeschlossen.

a) Jahresabschluss ... (siehe Bilanzgarantien).

b) Das Eigentum an den verkauften Sachen und die verkauften Forderungen gehen frei von Rechten Dritter auf den Käufer über.

c) Über das im Anhang zum Jahresabschluss Aufgeführte hinaus bestehen keine Haftungen für fremde Verbindlichkeiten, auch nicht aus Patronats- und ähnlichen nicht unmittelbar rechtsverbindlichen Erklärungen. Sollten trotz dieser Vereinbarung solche Haftungen bestehen, hat der Verkäufer den Käufer unverzüglich freizustellen; der Käufer kann Sicherheitsleistung fordern. Wird Sicherheit nicht unverzüglich gestellt, stehen dem Käufer ohne weitere Fristsetzung die Rechte wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung zu, wenn die mögliche Verbindlichkeit den Betrag von 5.000,- € übersteigt, sonst nur der Erfüllungsanspruch.

d) Außer den in Anlage ..... der Verweisungsurkunde aufgeführten bestehen keine Dauerschuldverhältnisse mit einer unkündbaren Laufzeit von mehr als 6 Monaten (außer Anstellungsverhältnissen). Sollten solche dennoch bestehen, hat der Verkäufer den Käufer unverzüglich von den Verpflichtungen daraus freizustellen; weitere Ansprüche hat der Käufer nicht. 257

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag – FV: Gewährleistung

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



e) Außer den in Anlage ..... der Verweisungsurkunde aufgeführten bestehen keine Anstellungsverhältnisse mit Arbeitnehmern; die aufgeführten Vergütungen und die Angaben zu rückständigen Urlaubsansprüchen und Ansprüchen auf Freizeitausgleich von Überstunden sind richtig; dem Verkäufer ist nichts von einer Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin bekannt; es bestehen keine Pensionszusagen oder ähnliche Vereinbarungen. Soweit diese Angaben unrichtig sein sollten, hat der Verkäufer den Käufer von allen Ansprüchen freizustellen; Urlaub, Überstunden und Lohnfortzahlung während eines auf einer gegenwärtigen Schwangerschaft beruhenden Schwangerschaftsurlaubs sind zu vergüten. Weitergehende Ansprüche hat der Käufer nicht. Sollte einer der Arbeitnehmer dem Übergang seines Anstellungsverhältnisses auf den Käufer widersprechen, wird der Käufer den Verkäufer freistellen, der allerdings den Arbeitnehmer dem Käufer zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellen wird.

(vgl. auch Formulierungsvorschlag bei "Arbeitsrechtliche Risiken")

f) Das Unternehmen ist nicht in Aktiv- und Passivprozesse verwickelt, es stehen keine Aktivprozesse an; dem Verkäufer sind keine Umstände bekannt, die erwarten lassen, dass Passivprozesse anstehen. Gegen das Unternehmen oder im weitesten Sinn im Zusammenhang mit dem Unternehmen sind dem Verkäufer keine anhängigen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und keine Bußgeldverfahren angezeigt worden; dem Verkäufer sind keine Umstände bekannt, die die Einleitung solcher Verfahren erwarten ließen. Alle für den Betrieb des Unternehmens etwa erforderlichen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Befähigungs-, Zuverlässigkeits- und Gesundheitsnachweise, Genehmigungen und Erlaubnisse sind unanfechtbar und unangefochten erteilt. Entsprechendes gilt für die Anlagen und Einrichtungen des Unternehmens. Der gegenwärtige Betrieb des Unternehmens verstößt weder gegen öffentliches Recht noch gegen private Rechte Dritter, sodass nach gegenwärtiger Rechtslage keine Untersagungsverfügungen, Auflagen oder Unterlassungsansprüche zu erwarten sind. Maßnahmen solcher Art sind weder angekündigt noch liegen sonst Umstände vor, die befürchten ließen, dass solche Maßnahmen eingeleitet werden. Der Käufer kann ohne Fristsetzung die Rechte wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung geltend machen, falls diese Angaben sich ganz oder zum Teil als unzutreffend erweisen sollten. 258

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- Alternativ können Gewährleistungsgarantien verwendet werden, d.h.
  - Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Haftung für bestimmte Umstände (s.u. Ziff. 1), und
  - vertraglicher Festlegung der Rechtsfolgen, ergänzt mit den üblichen Haftungsbeschränkungen (z.B. Mindest- und Höchstgrenzen) inkl. Verjährung (s.u. Ziff. 2).
  - bei gleichzeitigem Ausschluss des gesetzlichen Mängelrechts (s.u. Ziff. 3)
- **1. Klar regeln, ob Garantie- oder Beschaffenheitsvereinbarungen getroffen sind.**
  - Garantie- bzw. Beschaffenheitsvereinbarungen beziehen sich i.d.R. auf den Übergangsstichtag
  - Bilanzgarantien beziehen sich auf die letzte vorliegende Bilanz, verbunden mit der Versicherung, dass sich zwischen dem letzten Bilanzstichtag und dem Tag des Vertragsschlusses keine wesentlichen (nachteiligen) Änderungen ergeben haben bzw. bis zum Übergangsstichtag ergeben werden.
  - ggf. Prüfungs- und Rügepflichten des Käufers vorsehen; insbesondere hinsichtlich der Informationen, die in einem „virtuellen Datenraum“ zur Verfügung gestellt werden.

31.10.2017

259

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- Lässt Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von einem Mangel die diesbezügliche Haftung des Verkäufers entfallen?
- § 442 BGB: ja, außer bei Arglist des Verkäufers oder Garantie. => besser regeln!
- Problematisch ist die Ausgestaltung von Garantien bzw. Beschaffenheitsvereinbarungen in Abhängigkeit von subjektiven Momenten (Wissen) seitens des Verkäufers
  - für den Käufer kaum nachweisbar!
  - Bei der Formulierung „nach bestem Wissen“ dürfte der Verkäufer wohl zumindest für grob fahrlässige Unkenntnis haften.
  - Wissenszurechnung dritter Personen (z.B. Leitende Angestellte) beim Verkäufer regelungsbedürftig („Knowledge Qualification“).
- Ebenfalls regelungsbedürftig:
  - Sicherung der Durchsetzbarkeit der Gewährleistungsansprüche und der Ansprüche aus Garantien (z.B. durch Rückbehalt eines Teils des KP bis zum Ablauf der Garantiefrist)
  - Übergang des Unternehmens und closing sollten möglichst erst zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Eintritt von Rückabwicklungsgründen mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist.
  - Anwendung des § 377 HGB (Untersuchungs- und Rügepflicht) ausschließen!

31.10.2017

260

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

- 2. Rechtsfolgen nicht eingehaltener Zusagen:
  - Pflicht zur Nacherfüllung? Wenn ja, was heißt das genau!
  - Nachteilsausgleich (erfolgt i.d.R. über verschuldensunabhängigen Schadensersatz) → Obergrenzen Verkäuferhaftung vereinbaren; hiervon sollte vorsätzliches Handeln des Verkäufers ausgenommen sein.  
„de minimis“ und „caps“ (<25%>10% des KP) und „Basket“ als Freibetrag oder Freigrenze
  - Rücktrittsrecht nur für Extremfälle vorsehen, z.B. für den Fall der Nichterteilung einer für die Betriebsfortführung erforderlichen Genehmigung
  - Garantie- und Gewährleistungsfrist:
    - nicht länger als ca. 2-3 Jahre für Sachmängel (Gesetz: 2 Jahre, § 438 I Nr. 3)
    - längere Gewährleistungsfristen (5 Jahre) für Rechtsmängel
- 3. Ausschluss des gesetzlichen Mängelrechts
  - vollständiger Ausschluss aller sonstigen gesetzlichen Gewährleistungs-, Schadensersatz-, Aufwendungsersatz-, Kaufpreisminderungs-, Verzugs-, Rückabwicklungs- und c.i.c.-Ansprüche
    - des Käufers;
    - ggf. auch Ausschluss der Ansprüche Dritter sowie Ansprüche der Zielgesellschaft

31.10.2017

• **Ausnahme:** Arglist und vorsätzliches Handeln, § 444 BGB

261

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### § 6 Garantien der Verkäufer (verkäuferfreundlich)

1. Jeder Verkäufer übernimmt nur nach näherer Maßgabe dieses Vertrages eine selbstständige Einstandspflicht im Sinne des §§ 311 Abs. 1 BGB dafür, dass die nachfolgenden Angaben am Tag der Unterzeichnung dieses Vertrages zutreffend sind und auch am Vollzugstag zutreffend sein werden:
  - a) der Verkäufer ist alleiniger Inhaber des von ihm verkauften Geschäftsanteils, wie in § 1 Abs. 1 beschrieben, und zur freien Verfügung über diesen berechtigt. Alle zur Veräußerung dieses Geschäftsanteils auf Seiten dieses Verkäufers erforderlichen Zustimmungen von Gesellschaftsorganen liegen vor. Der von dem betreffenden Verkäufer verkaufte Geschäftsanteil ist nicht mit Rechten Dritter belastet, und es bestehen hinsichtlich dieses Geschäftsanteils keine Vorkaufs- oder sonstigen Erwerbsrechte Dritter.
  - b) über das Vermögen der Gesellschaft ist kein Insolvenzverfahren eröffnet worden und es liegen auch keine Umstände vor, die einen Antrag auf Eröffnung eines solchen Verfahrens erfordern würden.
  - c) dem Käufer wurde vor Abschluss dieses Vertrages eine vollständige Abschrift des Jahresabschlusses der Gesellschaft zum Stichtag einschließlich des Prüfungsberichts mit Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers übergeben. (zu a) bis c) vgl. auch FV bei Gesellschaftsrechtl. Risiken, Slide 251)
  - d) In der Zeit zwischen dem 1. Januar dieses Jahres und dem Vertragsschluss ist der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb entsprechend der bisherigen Praxis geführt und es sind keine außergewöhnlichen Geschäfte getätigt worden.
2. Im Falle der Unrichtigkeit eine der in Abs. 1 a) bis d) enthaltenen Garantien stehen dem Käufer ausschließlich Schadenersatzansprüche gegen den betreffenden Verkäufer nach Maßgabe des § 7 zu.
3. Andere Garantien oder Gewährleistungen als die in Abs. 1 enthaltenen Garantien oder irgendwelche Aufklärungspflichten in Bezug auf die Gesellschaft oder das Unternehmen übernimmt der Verkäufer nicht. Der Käufer bestätigt, dass ihm vor Vertragsschluss die Gelegenheit zu einer umfassenden Unternehmensprüfung betreffend die Gesellschaft und ihr Unternehmen gegeben wurde.

31.10.2017

262

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### § 7 Haftung des Verkäufers

1. Jeder Verkäufer haftet nach diesem Vertrag nur für die Einhaltung der ausdrücklich von ihm selbst übernommenen vertraglichen Verpflichtungen (einschließlich der Garantien in Bezug auf den von ihm verkauften Geschäftsanteil gemäß § 6 Abs. 1 Buchst. a). Jede gesamtschuldnerische Haftung der Verkäufer untereinander nach diesem Vertrag ist ausgeschlossen. Wegen Unrichtigkeit einer der in § 6 Abs. 1 Buchst. b) bis d) enthaltenen Garantien haftet jeder Verkäufer nur anteilig im Verhältnis der von ihm gemäß diesem Vertrag veräußerten Beteiligungen.
2. Alle nach dem Vertrag bestehenden Schadensersatzansprüche des Käufers (einschließlich Ansprüche wegen Unrichtigkeit der Garantien der Verkäufer oder der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen) sind auf Ersatz des sich hieraus ergebenden unmittelbaren Schadens beschränkt, unter Ausschluss von entgangenen Gewinn, Folgeschäden und mittelbaren Schäden, Wertminderung der verkauften Geschäftsanteile oder des Unternehmens der Gesellschaft, vergeblichen Aufwendungen sowie internen Verwaltungs- u. ähnlich Kosten.
3. Ansprüche des Käufers nach diesem Vertrag wegen Unrichtigkeit der Garantien der Verkäufer sind ausgeschlossen, sofern
  - a) vor Abschluss dieses Vertrages der betreffende, die Unrichtigkeit und die Garantie begründende Sachverhalt dem Käufer oder seinen Beauftragten offengelegt wurde (insbesondere in dem zur Verfügung gestellten Datenraum) oder einem von ihnen sonst bekannt war oder bei Anwendung kaufmännischer Sorgfalt hätte bekannt sein müssen oder
  - b) der Käufer den Erwerb gemäß diesem Vertrag in Kenntniss des seine Ansprüche begründenden Sachverhalts vollzieht, ohne sich seine Ansprüche aus dem Vertrag vor dem Vollzug ausdrücklich vorzubehalten. (folgen „de minimis und caps-Klausel“ – siehe folgende Folie)
4. Alle nicht ausdrücklich in diesem Vertrag enthaltenen Ansprüche des Käufers im Zusammenhang mit diesem Vertrag, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund (einschließlich von Ansprüchen aus §§ 434 ff. BGB, aus Vertragsverletzungen (§§ 280 ff. BGB), Verschulden bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2 und 3 BGB), Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder Delikt, sind ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für alle Rechte des Käufers, diesen Vertrag rückgängig zu machen. Ansprüche wegen vorsätzlichen Verhaltens des betreffenden Verkäufers, die nach den zwingenden gesetzlichen Regel nicht ausgeschlossen werden können, bleiben vorbehalten. (folgt noch „Verjährungsregelung“ – siehe folgende Folie) 263

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung Konsequenzen für die Vertragsgestaltung:

#### „de minimis- und caps-Regelung“

Die Käuferin ist nur berechtigt, Käuferansprüche gemäß diesem Vertrag geltend zu machen, sofern (i) jeder einzelne Käuferanspruch einen Betrag von EUR ..... (nachfolgend „De-Minimis Schwelle“) übersteigt und (ii) die einzelnen die De-Minimis Schwelle übersteigenden Beträge insgesamt den Betrag von EUR ..... übersteigen (nachfolgend „Freibetrag“). In diesem Fall haftet die Verkäuferin in Höhe des den Freibetrag übersteigenden Betrages. Die Haftung der Verkäuferin für Käuferansprüche ist insgesamt begrenzt auf EUR ..... (=20% des Kaufpreises) (nachfolgend „Haftungshöchstgrenze“). Eine über die Haftungshöchstgrenze hinausgehende Einstandspflicht der Verkäuferin für Ansprüche der Käuferin gemäß der §§ 6 und 7 dieses Vertrages besteht nicht. Die vorgenannten Haftungsbegrenzungen in Form von De-Minimis Schwelle, Freibetrag und Haftungshöchstgrenze finden keine Anwendung auf Ansprüche der Käuferin, die auf Arglist oder Vorsatz der Verkäuferin beruhen.

#### „Verjährungsregelung“

Vorbehaltlich der Ausnahmen gemäß der Sätze 2 und 3 verjähren sämtliche Ansprüche der Käuferin nach oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag innerhalb von 12 Monaten nach dem dinglichen Übertragungsstichtag. Ansprüche der Käuferin im Zusammenhang mit Garantieverletzungen gemäß § 6 I a) –Rechtsmängel- verjähren 3 Jahre nach dem dinglichen Übertragungsstichtag. Ansprüche der Käuferin nach § 6 I c) im Zusammenhang mit Steuern oder Mehrsteuern verjähren nach Ablauf von sechs Monaten nach Zugang eines endgültigen bestandskräftigen Steuerbescheides bei der Gesellschaft. Die Verjährung etwaiger Ansprüche der Käuferin nach diesem Vertrag wird durch Rechtsverfolgung gemäß § 204 Abs. 1 BGB gehemmt. § 203 BGB ist ausgeschlossen. 264

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

Fall: BGH – VIII ZR 186/75 (lesenswert!)

**SV (vereinfacht):** X ist Alleingesellschafter an der Tiefbau GmbH und verkauft in 2/2003 seine Anteile an die HuT AG zu einem Kaufpreis von 1 Mio. €. Grundlage ist ein konsolidierter Status zum 31.8.02, der einen Gewinn von 10 T€ ausweist. Zum Jahresende hin erwirtschaftet die GmbH allerdings knapp 1 Mio. € Verlust, was der X aber verschweigt. Zu 8/02 errechnet ein Sachverständiger später bereits einen Verlust von 1 Mio. € und zu 12/02 einen solchen von 1,5 Mio. €. Die HuT AG versteht es allerdings mit Geldspritzen von 8 Mio. € einen Turn around zu bewerkstelligen, der die genannten Verluste und auch die Geldspritzen bei weitem ausgleicht.

### Lösung:

Schadensersatzanspruch aus c.i.c. (+) – soll hier nicht vertieft werden

Frage: in welcher Höhe? Bilanzauffüllungsschaden = 1.010.000,- €? OLG: ja, BGH: nein

Es kommt auf Kausalität an: AG hätte Vertrag nicht abgeschlossen. Das führt hier nicht weiter, weil AG zulässigerweise an Vertrag dann tatsächlich festgehalten hat.

Geldspritzen (§ 284 BGB) sind schon deshalb nicht erstattungsfähig, weil diese durch die nachfolgenden Gewinne, die auf den Schaden anzurechnen sind, da sie in innerem Zusammenhang mit diesen stehen, mehr als ausgeglichen worden sind.

(Keine Vergeblichkeit der Aufwendungen)

31.10.2017

265

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

Fall: BGH – VIII ZR 186/75 (lesenswert!)

*„ In einem solchen Fall muss der am Vertrag festhaltende Käufer, soll der Schaden überhaupt sinnvoll erfassbar sein, so behandelt werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Kaufpreis abzuschließen (vgl. dazu auch RGZ 103, 47, 51; 132, 76, 79), ohne dass es auf den - hypothetischen und ohnehin kaum zu führenden - Nachweis ankommt, ob auch der Verkäufer sich damals mit einem Vertragsschluss unter diesen Bedingungen einverstanden erklärt hätte. Schaden ist also hier der Betrag, um den die Klägerin im enttäuschten Vertrauen auf die Richtigkeit der Bilanzangaben des Beklagten dessen Anteile an der KG überhöht gekauft hat*

...

*Das Berufungsgericht hätte daher - und zwar ausgehend davon, dass die Klägerin unter Berücksichtigung des ihr vorliegenden konsolidierten Status der KG per 31. August 2002 einen Kaufpreis von 1 Mio. € für angemessen hielt - durch Schätzung nach § 287 ZPO ermitteln müssen, welcher Kaufpreis bei einem bilanzmäßig ausgewiesenen Verlust von 1 Mio. € für die vom Beklagten zu erwerbenden Anteile angemessen wäre. ... Die Differenz zwischen dem so zu ermittelnden Betrag und dem vereinbarten Kaufpreis ist der erstattungsfähige Schaden. Eine Anrechnung der mit der GmbH tatsächlich später erzielten Erträge auf den Schaden im Wege der Vorteilsausgleichung kommt deswegen nicht in Betracht, weil es insoweit an dem erforderlichen "inneren Zusammenhang" zwischen dem Gewinn, den die Klägerin bei fortbestehendem Vertrag in jedem Fall und aufgrund eigenen unternehmerischen Einsatzes erzielt hätte, und dem schadenstiftenden Ereignis - der Erzielung eines überhöhten Kaufpreises durch unrichtige Bilanzangabe - fehlt....., wobei andererseits aber der Kaufpreis von 1 Mio. € die Höchstgrenze des erstattungsfähigen Schadens darstellt.“*

31.10.2017

266

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Bilanzgarantien

- betreffen im Wesentlichen die Richtigkeit, Rechtmäßigkeit und Vollständigkeit der letzten Bilanz
- Vor allem sind Punkte aufzunehmen, die von der Bilanzgarantie nicht umfasst sind; so z.B.
  - Auftragsbestand,
  - Bürgschaften,
  - Arbeitnehmersorgungszusagen,
  - Einhaltung von Publizitätspflichten,
  - Fehlen bestimmter Haftungsrisiken

31.10.2017

267

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Bilanzgarantien

#### Typische Bilanzgarantie (objektive oder harte Bilanzgarantie)

*„Der Jahresabschluss ist mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften und den GoB unter Wahrung der Bilanz- und Bewertungskontinuität und nicht im Hinblick auf gegenwärtige Veräußerung erstellt und vermittelt ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft. Die Angaben zu den Bewertungsmethoden und die sonstigen gesetzlich geforderten Erläuterungen sind im Anhang enthalten.“*

#### Postenbezogene Bilanzgarantien (Bilanzsumme/Jahresüberschuss/Eigenkapital)

*„Die Bilanzsumme per beträgt [...] x EUR. Der Jahresüberschuss per beträgt [...] x EUR.“  
Oder: „Der Verkäufer garantiert, dass das bilanzielle Eigenkapital der Gesellschaft i.S. des § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB zum Stichtag mindestens x EUR beträgt.“*

#### Typische Haftungsklausel

*„Ist eine der in § x enthaltenen Garantien ganz oder teilweise unrichtig, hat der Verkäufer dem Käufer den sich daraus ergebenden Schaden [nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB] zu ersetzen. Der Käufer kann nach seiner Wahl Naturalrestitution oder Schadensersatz in Geld verlangen. Der Verkäufer haftet nicht, soweit der Käufer die Umstände, welche die Unrichtigkeit der Garantie begründen, bei Vertragsschluss kannte.“*

31.10.2017

268

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

### Gewährleistung

### Bilanzgarantien

#### Eigenkapitalgarantie (ausführlicher):

Der Verkäufer garantiert, dass das im Jahresabschluss angegebene Eigenkapital i.S. des § 266 Abs. 3 Buchst. A HGB in der im Anhang erläuterten Gliederung zum Bilanzstichtag ordnungsgemäß ermittelt war. Insbesondere garantiert er, dass die Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste vollständig und nach den Erfahrungen der Vergangenheit unter Berücksichtigung bekannter Umstände nicht zu niedrig angesetzt worden sind. Darüber hinaus garantiert er, dass Steuerverbindlichkeiten und solche gegenüber Sozialversicherungsträgern objektiv richtig angesetzt sind, wozu unwiderleglich vermutet wird, dass Festsetzungen, die von den zuständigen Stellen rechtsbeständig getroffen worden sind oder künftig getroffen werden, objektiv richtig sind.

#### Rechtsfolgen bei Verstoß:

Sollte sich erweisen, dass das Eigenkapital im Sinne der vorstehenden Vereinbarungen zu hoch angesetzt war, mindert sich der Kaufpreis um den Minderbetrag; dasselbe gilt, wenn Eigenkapital mit latenten Steuern belastet sein sollte, die aus dem Anhang nicht zu erschließen sind. Weitere Rechte stehen dem Käufer wegen zu hoch angesetzten Eigenkapitals nicht zu. War das Eigenkapital zu niedrig angesetzt, erfolgt kein Ausgleich.

31.10.2017

269

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE

### Gewährleistung

### Bilanzgarantien (Gewinn- und Verlustrechnung)

#### Gewinn- und Verlustrechnung - Ertragsprognose (ausführlich):

Der Verkäufer garantiert insbesondere, dass die in den Jahresabschlüssen 2014, 2015 und 2016 angegebenen Gewinne aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit (§ 275 II Nr. 14 HGB) im vorstehend angegebenen Sinn ordnungsgemäß ermittelt sind. Sollten sich in einzelnen oder allen maßgeblichen Jahren die Gewinne wegen nicht ordnungsgemäßer Ermittlung als niedriger denn angegeben erweisen, so ermäßigt sich der Kaufpreis wie folgt: Der in den Anlagen ausgewiesene Gewinn des Vorjahres ist mit 3, der des Jahres zuvor mit 2 und der des diesem vorangehenden Jahres mit 1 zu multiplizieren. Die drei Produkte sind zu addieren und die Summe ist durch 6 zu teilen (durchschnittlicher Buchgewinn). In gleicher Weise ist mit den ordnungsgemäß ermittelten Gewinnen zu verfahren (durchschnittlicher wahrer Gewinn). Bleibt der durchschnittliche wahre Gewinn hinter dem durchschnittlichen Buchgewinn zurück, so mindert sich der Kaufpreis um das 5,8-fache der Differenz. Nur wenn sich dadurch ein negativer Kaufpreis ergeben würde, kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz statt der Leistung fordern. Ist umgekehrt der durchschnittliche wahre Gewinn höher als der durchschnittliche Buchgewinn, so hat es dabei sein Bewenden.

#### Ertragsprognose (kurz):

Bei der Kaufpreisbemessung gehen die Vertragsteile davon aus, dass im laufenden Geschäftsjahr ein Gewinn aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit (§ 275 II Nr. 14 HGB) von nicht weniger als EURO 280 000,00 erzielt werden wird. Sollte dies nicht erreicht werden, so hat der Verkäufer für je volle EURO 1 000,00 Minderertrag EURO 5 800,00 des Kaufpreises (ohne Zinsen) zurückzuzahlen. Dies gilt entsprechend auch im Falle eines Verlusts aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit.

31.10.2017

270

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Bilanzgarantien

- Bilanz ist nach h.M. nur fehlerhaft, wenn
  - Bilanzansätze objektiv gegen gesetzliche Vorschriften (einschließlich GoB und von der EU übernommene IFRS/IAS) verstoßen und
  - subjektiv ein ordentlicher Kaufmann diesen Verstoß nach den im Zeitpunkt der Bilanzerstellung bestehenden Erkenntnismöglichkeiten bei pflichtgemäßer Prüfung erkennen konnte (subjektive Bilanzgarantie) - also keine Berücksichtigung sog. wertaufhellender Tatsachen, die erst nach Bilanzerstellung bekannt werden, aber bereits zu diesem Zeitpunkt bestanden und
  - der Fehler „wesentlich“ ist
  - Ausnahme: „objektive Bilanzgarantie“ - Formulierungsfrage!
- Eine vertretbare Bilanzierung ist nicht falsch und begründet daher keine „unrichtige“ Garantie
- Praxis:  
uneingeschränktes Testat des gemeinsam bestimmten WP entscheidet

31.10.2017

271

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Bilanzgarantien

#### Schadensersatz in Geld und Kausalität bei unrichtigen Bilanzgarantien

- *Beispiel*: Der Verkäufer verbucht in der Handelsbilanz Gewinn aus dem Verkauf von am Bilanzstichtag bereitgestellten, aber noch nicht abgeholten Waren. Nach den Vereinbarungen mit dem Abnehmer ist unklar, ob die Preisgefahr am Bilanzstichtag übergegangen ist. Der Abschlussprüfer testiert ohne Einwendungen. Der Käufer des Unternehmens meint, der Gewinnausweis sei rechtswidrig vorverlagert worden, der Verkäufer habe ihn über Umsatz und Gewinn des Geschäftsjahres getäuscht.
- Was ist der aus der Unrichtigkeit der Bilanzgarantie entstehende Schaden? Ist dies der „Preisdifferenzschaden“ (der Betrag, um den der Käufer das Unternehmen zu teuer gekauft hat) oder der „Transaktionsschaden“ (Schaden durch die Investition als solche)? War die Unrichtigkeit der Bilanzgarantie überhaupt ursächlich für die Transaktion oder zumindest für eine fehlerhafte Preisbildung und damit für einen Preisdifferenzschaden?

31.10.2017

272



## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Bilanzgarantien

- Es ist auf den „**Preisdifferenzschaden**“ abzustellen (so BGH - VIII ZR 186/75)
  - Eine Rückabwicklung der Transaktion ist in den Verträgen regelmäßig ausgeschlossen (vgl. auch BGH, VIII ZR 186/75); für Transaktionsschaden wäre Kausalität zwischen fehlerhafter Bilanzgarantie und Vertragsschluss konkret nachzuweisen (BGH, XI ZR 51/10 – IKB); Ersatz des Vertragsabschlussschaden liegt außerhalb des Schutzzwecks der verletzten Garantie!
  - Keinesfalls: SchE durch Bilanzauffüllung (=Differenz zwischen garantiertem Eigenkapital und tatsächlichem Eigenkapital) – siehe BGH a.a.O und OLG Ffm vom 7.5.2015 (Az.: 26 U 35/12).
- Voraussetzung für Schadensersatz ist, dass der **Bilanzfehler** überhaupt **für die Preisbildung relevant** war, d.h. bei der Unternehmensbewertung des Käufers eine Rolle gespielt hätte
- Bloße Periodenabgrenzungsfragen (wie im Beispielsfall): Umsatzerlös in 01 oder in 02 sind i.d.R. irrelevant für die Preisbildung, weil die Unternehmensbewertung auf die nachhaltige Ertragskraft des Unternehmens und nicht auf einzelne Periodenergebnisse abstellt

31.10.2017

273

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Gewährleistung

### Bilanzgarantien

Fall: (OLG München v. 30.3.2011 – 7 U 4226/10) – Ansprüche bei falscher Bilanzgarantie

**SV:** Der Verkäufer garantiert: „Der Jahresüberschuss per beträgt [...] x EUR.“ Nach Übernahme des Zielunternehmens „überprüft“ der Käufer die Bilanz und kommt aufgrund anderer Einschätzungen zu einer anderen Bewertung der Vorräte und deshalb zu einem niedrigeren Jahresüberschuss.

- Bisher h.L. (vgl. Wächter, NJW 2013, 1270, 1274 ff.): Naturalrestitution bei Bilanzgarantien unmöglich, insoweit nur Schadensersatz in Geld
- OLG München: Naturalrestitution im Wege der „Bilanzauffüllung“ i.H. des Bilanzfehlers, d.h. Käufer kann vom Verkäufer verlangen, die veräußerte Gesellschaft so auszustatten, wie es der Garantie entspricht (= Zahlung des Fehlbetrags an die Zielgesellschaft)
- Stellungnahme: Im konkreten Fall (OLG München) vielleicht richtig entschieden. Garantieklausel sah Verpflichtung des Verkäufers vor, „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Aussage zutreffend wäre“. Im Allgemeinen aber wohl Überdehnung des Parteiwillens (gegen „Bilanzauffüllung“ auch BGH VIII ZR 186/75) => Empfehlung: Rechtsfolgen im Vertrag klarstellen

31.10.2017

274

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

#### 1. Wettbewerbsverbot

*„Dem Verkäufer ist es im weitesten Sinne untersagt, mit dem verkauften Unternehmen unmittelbar oder mittelbar in Wettbewerb zu treten, Wettbewerber in irgendeiner Weise zu fördern, zu betreuen oder zu beraten – sei es auch in Bereichen, in denen unmittelbar kein Wettbewerb stattfindet – oder sich an einem Unternehmen, das mit dem verkauften Unternehmen in Wettbewerb steht oder künftig geraten könnte, unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen. Er hat verschuldensunabhängig dafür zu einzustehen, dass auch alle Personen, mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebt, Wettbewerb mit der Gesellschaft in diesem Sinne unterlassen.*

*Das Wettbewerbsverbot gilt bis 31.12.20 . . Es beschränkt sich räumlich auf die Länder Bayern und Baden-Württemberg der Bundesrepublik Deutschland und auf Österreich. Die Vergütung für das Wettbewerbsverbot ist im Kaufpreis enthalten.*

*Sollte der Verkäufer gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen, so hat er dem Käufer ohne Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen alles herauszugeben, was er aus der verbotenen Tätigkeit erlangt; in der Höhe, in der Personen, mit denen er in häuslicher Gemeinschaft lebt, etwas aus der missbilligten Wettbewerbstätigkeit erlangen, hat der Verkäufer eine verschuldensabhängige Vertragsstrafe zu zahlen. In jedem Fall schuldet er auch selbst eine Vertragsstrafe in Höhe von EURO 5 000,00 für jede Verletzungshandlung; bei fortgesetzter Verletzung gilt die Wettbewerbstätigkeit in jedem Kalendermonat als eine Verletzungshandlung. Was der Verkäufer nach vorstehender Vereinbarung herauszugeben hat, wird auf die Vertragsstrafe angerechnet.“*

31.10.2017

275

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

#### 1. Wettbewerbsverbot

- Nach h.M. ist Verkäufer auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung verpflichtet, im sachlich (= gegenständlich), räumlich und zeitlich gebotenen Umfang eine Wettbewerbstätigkeit zu unterlassen und auch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu wahren. Diese Pflicht leitet sich aus den Nebenpflichten des Verkäufers her.
- Es empfiehlt sich, das Wettbewerbsverbot vertraglich näher zu regeln.
  - Gesetzliche Schranken (§ 1 GWB und § 138 BGB und EG-Recht) sind zu beachten.
  - Vertragliches Wettbewerbsverbot ist nur insoweit zulässig, als es zur Sicherstellung der Übertragung der Unternehmenswerte erforderlich ist.
  - In zeitlicher Hinsicht dürfte ein Zeitraum bis zu 2 Jahren unbedenklich sein; ein längerer Zeitraum (max. 5 Jahre) nur bei Vorliegen besonderer Gründe.
- Ausdehnung des Wettbewerbsverbots auf Dritte
  - problematisch bei Familienangehörigen des Veräußerers, wenn sie mit dem Unternehmen nichts zu tun haben;
  - bzgl. des (mit dem Unternehmensverkauf ausscheidenden) Geschäftsführers oder mit dem Verkäufer verbundener Unternehmen (§§ 15 ff. AktG) wohl zulässig.

31.10.2017

276

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

#### 1. Wettbewerbsverbot

- Wettbewerbsverbot kann mit einem Verbot der Mitarbeiterabwerbung durch Verkäufer verbunden werden.
- Bei Veräußerung von Freiberuflerpraxen finden oft sog. Mandantenschutzklauseln Anwendung, die dem Veräußerer nur untersagen, seine bisherigen Mandate weiter zu betreuen (Höchstdauer: 2 Jahre – BGH Urteil v. 20.01.2015 - Az.: II ZR 369/13).
- Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Wettbewerbsverbot:
  - Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz
  - Herausgabe des unter Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot erzielten Gewinns (vgl. § 113 HGB)
  - Vertragsstrafen (wohl nur bei verschuldensabhängiger Ausgestaltung interessengerecht)
  - Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit durch den Verkäufer kann Steuervergünstigungen der §§ 16, 34 EStG (Begünstigung wegen Betriebsaufgabe) in Frage stellen  
→ Veräußerungsgewinn wäre dann als laufender Gewinn zu versteuern.

31.10.2017

277

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

#### 2. Regelungen zum closing

- Neben der Festlegung des Kaufgegenstands und des Übertragungstichtags bedarf es noch ergänzender Regelungen zum Vollzug des Unternehmenskaufs.
- Bei Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen hat der Notar die Richtigkeit der beim Handelsregister einzureichenden Gesellschafterliste zu bescheinigen. Die Vertragsteile müssen daher dem Notar alle für die Wirksamkeit des Vertrages erforderlichen Zustimmungen und Genehmigungen vorlegen.
- Übertragung der verkauften Gegenstände, Rechte, Verträge. Hier sind zu regeln:
  - Zeitpunkt des dinglichen Vollzugs
  - Wer muss erforderliche Zustimmungen einholen?  
(z.B. beim share deal die Zustimmung der Mitgesellschafter, beim asset deal die Zustimmung von Gläubigern bzw. Vertragspartnern überzuleitender Verträge)
  - Überleitung von D & O-Versicherungen

31.10.2017

278

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

#### 2. Regelungen zum closing

- Begründung, Aufhebung und Änderung von Rechtsverhältnissen:
  - Beim asset deal ergeben sich hier kaum Probleme. Ausnahme: § 613a BGB
  - Beim share deal können zahlreiche Verträge bestehen, die der Käufer nicht übernehmen möchte. Z.B.
    - Anstellungsverträge mit den Organmitgliedern
    - Verträge mit nahen Angehörigen des Verkäufers
    - Verträge mit konzernverbundenen Unternehmen
  - Geordnete Überleitung der Geschäftsführung auf neue Organe. Verkäufer sollte verpflichtet sein, ggf. für eine Aufhebung des Anstellungsvertrages einschließlich Amtsniederlegung des bisherigen Geschäftsführers zu sorgen.
  - Aufhebung von Unternehmensverträgen steuerschädlich, wenn hierdurch die steuerliche Mindestdauer eines Unternehmensvertrages unterschritten wird.
    - => Beendigung des Unternehmensvertrages durch eine außerordentliche Kündigung, gestützt auf die Betriebsveräußerung.

31.10.2017

279

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

#### 2. Regelungen zum closing

- Beim Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen sind verschleierte Sacheinlagen zu vermeiden.
- Oft wird eine Garantie des Verkäufers vorgesehen, dass außer den ausdrücklich genannten Verträgen keine weiteren Verträge dieser Art bestehen.
- Es sollte klargestellt werden, wann Registeranmeldungen zu bewirken sind. Dies ist vor allem bei der Übertragung von Einzelkaufmännischen Unternehmen sowie von Personengesellschaftsanteilen relevant, wenn eine Haftung nach § 25 HGB vermieden werden soll.
- Geregelt werden sollte ferner:
  - für Unternehmensfortführung erforderliche Genehmigungen
  - Unterrichtung von Geschäftspartnern; sonstige Informationspflichten
  - Mitwirkungspflichten des Verkäufers bei der Überleitung des Unternehmens
  - laufende Gerichtsprozesse

31.10.2017

280

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Abwicklung und Überleitungsregelungen, einschl. Wettbewerbsverbot

#### 3. Regelungen für die Zeit zwischen Vertragsschluss und Übergang des Unternehmens

- Auskunfts- und Kontrollrechte zugunsten des Käufers
- beiderseitige Verschwiegenheitspflichten
- Ausübung von Gesellschafterrechten (z.B. Stimm-, Auskunfts- und Einsichtsrechte)

#### 4. Regelungen für die Zeit nach der Unternehmensübertragung

- Vereinbarung von Wettbewerbsverboten
- Mitwirkungsrechte des Verkäufers (z.B. Teilnahme an Betriebsprüfungen)
- MAC-Klauseln (Material-Adverse-Change-Klauseln)

31.10.2017

281

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

HECKSCHEN & VAN DE LOO NOTARE



### Ergänzende Hinweise

#### 1. Schiedsgutachterklausel, Schiedsvertrag

- Schiedsgutachterklausel vor allem bei streitanfälligen Bewertungsfragen sinnvoll.
- Eine Schiedsgutachterabrede sollte insb. enthalten:
  - genaue Bezeichnung des Schiedsgutachtergegenstands
  - Bestimmung des Schiedsgutachters
  - Kostenverteilung für Schiedsgutachten
  - Überprüfbarkeit des Schiedsgutachtens (vgl. §§ 317, 319 BGB)
- Schiedsvertrag bezweckt hingegen die Verlagerung der Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit von einem staatlichen Gericht auf einen einvernehmlich bestimmten Schiedsrichter. Eher zu vermeiden, da es Streitigkeiten verteuert.

#### 2. Rechtswahl, Gerichtsstandsvereinbarung

- Regelung der örtlichen Gerichtszuständigkeit ausschließlich zwischen Kaufleuten (§§ 38, 29 Abs. 2 ZPO)

31.10.2017

282

## Gestaltung Unternehmenskaufvertrag

### Ergänzende Hinweise

#### 3. Sonstiges

- Verteilung der anfallenden Kosten
- Salvatorische Klausel
- Schriftformklausel
- Aufhebung aller bisher im Vorfeld des Unternehmenskaufs zwischen den Vertragsteilen geltenden Rechtsbeziehungen
- Zustellungsbevollmächtigte